

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

## Valori fondamentali del matrimonio nella società di oggi: la filiazione

### This is the author's manuscript

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/126471> since 2021-03-23T12:43:23Z

*Publisher:*

Libreria Editrice Vaticana

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

STUDI GIURIDICI  
LXVIII

# MATRIMONIO CANONICO E REALTÀ CONTEMPORANEA

ESTRATTO DA:

ILARIA ZUANAZZI

*Valori fondamentali del matrimonio nella società di oggi: la filiazione*

LIBRERIA EDITRICE VATICANA  
Città del Vaticano  
2005

ILARIA ZUANAZZI

Professore associato presso l'Università degli studi Torino

### VALORI FONDAMENTALI DEL MATRIMONIO NELLA SOCIETÀ DI OGGI: LA FILIAZIONE

SOMMARIO: 1. Valori permanenti della tradizione ecclesiale in merito all'*ordinatio ad prolem* del matrimonio. - 2. Crisi del modello tradizionale di matrimonio nella società odierna. - 3. Le sfide attuali al diritto canonico. - 3.1. La nozione di procreazione. - 3.2. La connessione tra filiazione e matrimonio. - 3.3. L'educazione dei figli. - 3.4. Il rapporto tra *bonum coniugum* e *bonum prolis*. - 3.5. La procreazione responsabile. - 3.6. La procreazione medicalmente assistita.

#### 1. Valori permanenti della tradizione ecclesiale in merito alla *ordinatio ad prolem* del matrimonio

L'insegnamento della Chiesa ha sempre sottolineato che il matrimonio, quale istituto naturale strutturato secondo il piano della creazione di Dio, è intrinsecamente ordinato alla procreazione e alla educazione della prole<sup>1</sup>.

La funzione di donare la vita ad altre creature e di formare i nuovi componenti della comunità costituisce a ben vedere lo scopo specifico e più evidente dell'unione stabile tra due persone di sesso diverso, constatabile a livello di realtà antropologica, valida per ogni contesto socio-culturale<sup>2</sup>. Il diritto romano, che ha fornito i primi parametri giuridici di confronto per la nascente dottrina sul matrimonio, vedeva nella "li-

<sup>1</sup> La fonte principale di riferimento è il passo di *Gn* 1, 28, in cui Dio benedice la prima coppia di uomo e donna e dà loro il mandato: "siate fecondi e moltiplicatevi". Il compito di propagazione del genere umano affidato agli sposi viene ripetuto in *Gn* 9, 1.

Lo sviluppo storico dell'insegnamento ecclesiale sul tema viene ripercorso da A. FAVALE, *Fini del matrimonio nel magistero del Concilio Vaticano II*, in AA.VV., *Realtà e valori del sacramento del matrimonio*, a cura di A.M. TRIACCA e G. PIANAZZI, Roma, 1976, 173-207; J. GAUDEMET, *Mariage et procréation: les aspects historiques*, in *Revue de droit canonique*, 45 (1995), 245-256; A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1990, 149-156.

<sup>2</sup> La natura del matrimonio e della famiglia come strutture antropologiche essenziali viene sottolineata da F. D'AGOSTINO, *La giuridicità costitutiva della famiglia*, in *Linee di una filosofia della famiglia. Nella prospettiva della filosofia del diritto*, Milano, 1991, 51-79.

*berorum procreandorum causa*" il fine principale dell'*uxorem ducere*<sup>3</sup>, la ragione fondamentale che contraddistingueva da altri tipi di convivenza extraconiugale le *iustae nuptiae*, deputate ad assicurare i discendenti legittimi della *familia*<sup>4</sup>. La formula tralattica contenuta nelle *tabulae nuptiales* è richiamata appunto dai primi Padri della Chiesa, a supporto dell'esegesi delle fonti della sacra scrittura, per avallare un'interpretazione degli stessi passi biblici, idonea a metterne in evidenza lo scopo procreativo del progetto originario di Dio sulla coppia umana<sup>5</sup>.

La riflessione patristica sulla procreazione è contenuta soprattutto nelle opere di Agostino ma rispecchia il pensiero comune anche ad altri scrittori ecclesiastici, tanto da formare una dottrina costante e consolidata che esercita un influsso decisivo sulle fonti successive<sup>6</sup>. Secondo questa teorizzazione, la *proles* è caricata di una duplice valenza in rapporto al matrimonio. La generazione dei figli costituisce anzitutto la causa finale del coniugio e per la precisione la causa *primaria* nell'ordine naturale della creazione<sup>7</sup>. La propagazione del genere umano rappresenta altresì il *bonum* che giustifica l'unione degli sposi e insieme agli altri *bona* fonda la fruttuosità morale del coniugio<sup>8</sup>, così da rendere non solo leciti ma altresì meritevoli gli atti di intimità sessua-

<sup>3</sup> La formula "*uxorem ducere* (o *habere*) *liberorum procreandorum* (o *quaerendorum*) *causa* (o *gratia*)" era il contenuto della formula antichissima del *iuramentum de uxoris* che i cittadini romani compivano dinanzi ai censori quando era necessario accertare, ai fini del censimento, se erano uniti in matrimonio legittimo (cfr. GELLIO *Noctes Atticae*, 4,20,3; 4,3,2; 17,21,44; FESTO s.v. *Quaeso*, L. 312; CICERONE, *De oratore*, 2,64; D., 50,16,220,3; D., 49,15,21 pr.). La locuzione era pure contenuta nelle *testationes* che i Latini, desiderosi di ricevere la cittadinanza romana, compivano dinanzi alle autorità e alla presenza di sette testimoni, per dichiarare la loro intenzione di costituire un matrimonio legittimo, in base ai disposti della *lex Aelia Sentia* (Gai 1,29) e della *lex Iunia Norbana* (Tit. Ulp. 3,3). L'espressione si trova usata come formula stereotipata anche nelle *tabulae nuptiales* (pap. Michigan inv. 508 del 100 d.C.; St. Aug. *Sermo* 51,13).

Secondo R. ORESTANO (*La struttura giuridica del matrimonio*, Milano, 1951, 324 ss. e 348 ss.) e E. VOLTERRA (*Lezioni sul matrimonio romano*, Roma, 1961, 133 ss.) la formula non aveva il valore giuridico di costituire il matrimonio, bensì mero valore sociale di mezzo probatorio della natura del consenso, per distinguere un matrimonio legittimo da una semplice unione di fatto.

<sup>4</sup> P. VOCI, *Piccolo manuale di diritto romano*, I, Parte generale, Milano, 1979, 201-208; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1985-75-80; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1985, 241, 258-259.

<sup>5</sup> «Ad hoc etenim ducitur uxor: nam id etiam tabulae indicant ubi scribitur liberorum procreandorum causa» (AGOSTINO, *Sermo IX*, 11,18). Il passo è ripreso da ISIDORO (*De eccl. Off.*, II, 20,10, in PL, 83,812): «Nam et ipsae tabulae indicant quod causa procreandorum liberorum ducitur uxor». Riferimenti alle *tabulae nuptiales* si trovavano ancor prima in TERTULLIANO, *Ad uxorem*, II, 3,1; *De virg. Vel.*, 12,1. Ulteriori accenni sono in AGOSTINO, *De moribus Manich.*, 18,65, in PL, 32,1373; *Sermo LI*, 13,22, in PL, 38,345.

<sup>6</sup> J. GAUDEMET, *Mariage et procréation*, 245 e 251; Id., *Il matrimonio in occidente*, Torino, 1987, 117. Sui principi comuni della dottrina teologica si veda anche A. CARPIN, *Il sacramento del matrimonio nella teologia medievale*. Da Isidoro di Siviglia a Tommaso d'Aquino, Bologna, 1991.

<sup>7</sup> «... propagatio filiorum, ipsa est prima et naturalis et legitima causa nuptiarum» (AGOSTINO, *De adulterinis coniugiis*, II, c. 12, in PL, 40,479). «Tribus autem de causis ducitur uxor: prima est causa proles, de qua legitur in Genesi (1,28)...; secunda causa est adiutorii, de qua ibi in Genesi dicitur (2,18)...; tertia causa incontinentiae, unde dicit Apostolus (1 Cor. 7,9)» (ISIDORO, *Etymologiarum sive originum libri XX*, IX, 7 de coniugiis, 27).

<sup>8</sup> «Bonum ergo sunt nuptiae in omnibus quae sunt propria nuptiarum. Haec autem sunt tria: generandi ordinatio, fides pudicitiae, connubii sacramentum...» (AGOSTINO, *De bono coniugali*, 31). La dottrina dei *tria bona matrimonii* viene enunciata anche in altre parti: «... hoc autem tripartitum est: fides, proles,

le, nella misura in cui siano debitamente orientati a realizzare la filiazione, come un mezzo diretto al proprio fine naturale<sup>9</sup>. La predisposizione del matrimonio alla procreazione, quindi, fa sì che eventuali comportamenti ad essa contrari, in quanto diretti a precludere l'apertura feconda dell'*una caro* o addirittura a sopprimere il figlio concepito o già nato, siano da considerare in contraddizione con la verità stessa del connubio, e i coniugi non possano più essere ritenuti degni di questo nome<sup>10</sup>.

Le *collectiones* dell'epoca classica riprendono largamente la dottrina patristica in merito ai *tria bona matrimonii*<sup>11</sup>, alle finalità delle nozze<sup>12</sup>, alla liceità morale delle relazioni sessuali tra coniugi solo quando siano aperte alla procreazione<sup>13</sup>. Nei testi giuridici medioevali, peraltro, come già nella riflessione teologica precedente, l'accento posto sulla considerazione della *proles* quasi esclusivamente nella prospettiva della causa giustificativa dell'unione carnale, conduce a consolidare la tendenza a impostare il tema della procreazione nel matrimonio prevalentemente dal punto di vista della funzione generativa dei coniugi, anziché della filiazione in sé e della cura dei nati<sup>14</sup>.

Sulla base di questa dottrina comune, un approfondimento ulteriore venne a precisare che il principio procreativo appartiene *de essentia matrimonii*, non nel senso di fecondità effettiva, ossia con la nascita concreta di nuove creature, bensì nel senso di fecondità strutturale, come potenzialità e ordinazione intrinseca dell'unione tra uomo e donna che deve essere disponibile *in suis principiis* ad accogliere la vita, anche se nei fatti non arrivi alcun figlio<sup>15</sup>. Qualora manchi il presupposto di fondo dell'*intentio proles*, come nel caso in cui uno dei nubenti, al momento di contrarre matrimonio, subordini il consenso a una condizione contraria alla generazione della prole, il patto nuziale è radicalmente nullo<sup>16</sup>.

La concezione tradizionale dell'*ordinatio ad bonum proles* del matrimonio viene tradotta dal codice piano-benedettino del 1917 secondo una impostazione istituziona-

*sacramentum... In prole, ut amanter suscipiatur, benigne nutriatur, religiose educetur»* (AGOSTINO, *De Genesi ad litteram*, IX, 7). Il passo è ripreso da ISIDORO, *De eccl. Off.*, II, 20,10.

<sup>9</sup> «Quando tu uti uxore amplius quam necessitas procreandorum liberorum cogit, ... iam peccatum est» (AGOSTINO, *Sermo IX*, 11,18). La condanna delle relazioni sessuali non finalizzate alla procreazione si ritrova pure in GEROLAMO, *In epist. Ad Ephes.*, 5,25 (PL, 26,552).

<sup>10</sup> «Nam qui hoc faciunt quamvis vocentur coniuges, non sunt, nec ullam nuptiarum retinent veritatem, sed honestum nomen velandae turpitudini obtinent» (AGOSTINO, *De nuptiis et concupiscentia*, I, 15, n. 17, in PL, 44,423).

<sup>11</sup> IVO DI CHARTRES, *Decretum*, VIII, 15; Panormia, VI, 30. GRAZIANO, C. 27, q. 2, c. 10.

<sup>12</sup> IVO DI CHARTRES, Panormia, VI, 26. GRAZIANO, C. 32, q. 2, c. 3.

<sup>13</sup> GRAZIANO, C. 32, q. 4, c. 14.

<sup>14</sup> J. GAUDEMET, *Mariage et procréation*, 251-252.

<sup>15</sup> Questa impostazione classica dell'*ordinatio ad prolem* deriva dalla distinzione, che risale a TOMMASO D'AQUINO, tra "*proles in seipsis*", pertinente all'uso del matrimonio e quindi non necessaria alla validità del connubio, e "*proles in suis principiis*", ossia "*intentio proles*", essenziale per l'esistenza di un vero consorzio coniugale: «*Quia fides et proles possunt dupliciter considerari. Uno modo in seipsis. Et sic pertinent ad usum matrimonii, per quem et proles producitur, et pactio coniugalis servatur... Et inde est quod matrimonium... invenitur... sine fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo... Alio modo possunt considerari fides et proles secundum quod sunt in suis principiis: ut pro prole accipiatur intentio proles, et pro fide debitum servandi fidem. Sine quibus etiam matrimonium esse non potest*» (IV Sent., d. 31, q. 1, a. 3, resp.).

<sup>16</sup> La prima formalizzazione della regola si trova nelle decretali di Gregorio IX che annoverano tra le condizioni *contra substantiam matrimonii* quella che esclude la procreazione: «*contraho tecum, si generationem proles evites*» (X, IV, 5, c. 7).

le che conduce ad esaltare i valori sopraindividuali della comunità familiare rispetto a quelli personali dei coniugi, cosicché risulta formalizzata per la prima volta in un testo normativo la gerarchia dei fini propri del patto nuziale e in posizione prioritaria è messa la «*procreatio atque educatio prolis*»<sup>17</sup>. Il carattere di superiorità attribuito alla generazione induce così l'interpretazione successiva a considerare l'apertura alla vita, il *finis primus et principalis* del connubio, l'unico specificativo della natura del matrimonio<sup>18</sup>, mentre gli altri *fines secundarii* risultano avere una posizione e un ruolo del tutto subordinati<sup>19</sup>.

Nel contempo, peraltro, la definizione legale dell'oggetto formale del consenso matrimoniale, inteso in un'ottica prevalentemente corporalistica, come scambio dello *ius in corpus*<sup>20</sup>, influenza una lettura altrettanto fisiologica dell'*ordinatio ad prolem*, che pone al centro dell'attenzione non tanto la filiazione in sé, quanto il suo presupposto materiale, vale a dire gli «*actus per se aptos ad prolis generationem*»<sup>21</sup>. Superata l'opinione più restrittiva, che riduceva l'essenza del *bonum prolis* allo *ius ad coniugalem actum* senza alcuna considerazione per il frutto del concepimento, pure l'orientamento più estensivo, accolto dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, non cambia il modo di considerare l'oggetto dei diritti e dei doveri che i coniugi sono tenuti a concedersi mutuamente. Anche per quest'ultima posizione, infatti, nell'*intentio prolis* o *proles in suis principiis*, la cui esclusione vale a causare l'invalidità del matrimonio, sono compresi ancora lo «*ius ad actus per se aptos ad prolis generationem*» e in più l'«*obligatio non impediendi effectum ad quem praefati actus ex natura ordinantur, nempe ad conceptionem, vitam physicamque prolis integritatem*»<sup>22</sup>. Il bene dei figli non ha quindi una rilevanza autonoma, ma costituisce quasi il «prolungamento» degli atti naturalmente fecondi.

Nonostante le accentuazioni imputabili a una visione eccessivamente giuridicizzata del contratto matrimoniale e a una connotazione pessimistica della sessualità

<sup>17</sup> Can. 1013, § 1. Sino ad allora, il fatto di elencare per primo il fine della procreazione non aveva avuto il valore di una effettiva subordinazione. Anche nel pensiero di TOMMASO D'AQUINO la distinzione tra *finis principalis* e *finis secundarius* non si riferiva a una scala gerarchica di importanza dei fini, ma ai due livelli della legge di natura in cui si ponevano: l'uno, la procreazione, sul piano della legge comune a tutti gli animali; l'altro, il mutuo aiuto tra coniugi, sul piano della legge di natura che riguarda specificamente le creature razionali.

<sup>18</sup> Si vedano, ad esempio, gli assunti della *decisio c. Wynen*, 22 gennaio 1944, in AAS, 36 (1944), 179-200, citata da P. MONETA (*Il bonum prolis e la sua esclusione*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, Città del Vaticano, 2003, 85) come una chiara dimostrazione dell'orientamento dominante sotto il codice precedente.

<sup>19</sup> La gerarchia dei fini viene ribadita nel *Decretum de finibus matrimonii* della Congregazione del S. Ufficio (1 aprile 1944, in AAS, 36 (1944), 103) che rigettava i tentativi di alcuni studiosi, soprattutto in ambito teologico, di contestare il primato teleologico della procreazione e di rivalutare gli altri fini personali correlati all'unione amorosa dei coniugi.

<sup>20</sup> Can. 1081, § 2.

<sup>21</sup> Can. 1086, § 2. Sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo tanto al problema della norma fondativa del vizio di simulazione, quanto a quello dell'estensione dell'esclusione, si rinvia al saggio di A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, 150-156.

<sup>22</sup> Concezione sintetizzata in un *decretum c. Pinto*, 28 ottobre 1983, in RR Dec., 75 (1983), 559, n. 3. Di conseguenza, integravano l'esclusione dell'*ordinatio ad prolem*, non solo l'intenzione positiva di togliere agli atti di intimità sessuale la naturale fecondità, ma anche il progetto di impedire la nascita della prole concepita oppure di privare della vita o della prima educazione i figli già nati.

umana, la sistematica del codice previgente rispecchia nella sostanza valori permanenti della tradizione ecclesiale in merito alla procreazione. La generazione ed educazione della prole sono indicate come il fine tipico del consorzio coniugale, in quanto unione tra due persone di sesso diverso che partecipano reciprocamente tutte le dimensioni del proprio essere uomo e donna, inclusa principalmente la capacità generativa. La fusione nell'*una caro* per dare origine a nuove creature non è lasciata alla mera progettazione individuale dei coniugi, ma comporta la loro adesione a un compito pro-creativo che trascende la disponibilità soggettiva e li rende co-operatori del piano divino di propagazione del genere umano. Agli sposi spetta pertanto l'impegno responsabile di compiere gli atti di incontro sessuale nel rispetto del loro valore intrinseco e di accogliere i figli donati dal Creatore con gioia, generosità e anche sacrificio.

Nel solco di questa dottrina consolidata si sono inserite le precisazioni del Concilio Vaticano II e del magistero pontificio successivo<sup>23</sup>, che partendo da una riflessione ampia e rinnovata circa la natura della persona, il significato della sessualità umana e la struttura del matrimonio, hanno portato a riscoprire una concezione più autentica del *consortium vitae et amoris coniugal*, ove la dimensione istituzionale, prevalente nella normativa anteriore, viene completata da una significativa rivalutazione degli aspetti personali dell'auto-donazione tra gli sposi<sup>24</sup>.

Per quanto concerne in specifico la procreazione, la nozione di *bonum prolis* riacquista il senso genuino di «coronamento naturale» che perfeziona e valorizza l'interezza del rapporto nuziale<sup>25</sup>. Analogamente all'originaria dottrina patristica, non viene più configurata una scala gerarchica di prevalenza del fine della generazione rispetto a quello del perfezionamento reciproco tra i coniugi, ma entrambi i frutti della fecondità dell'amore coniugale sono considerati co-essenziali e complementari per realizzare in pienezza la funzione propria del matrimonio<sup>26</sup>.

L'apporto certamente più rilevante e innovativo della riflessione conciliare consiste nell'aver sottolineato il fondamento autentico dell'*ordinatio ad prolem* nella causa costitutiva del matrimonio stesso<sup>27</sup>. I figli non sono visti come un fine che consegue successivamente all'instaurazione del coniugio, quasi fossero un'aggiunta esterna all'unione degli sposi, ma, al contrario, l'apertura alla procreazione costituisce una connotazione essenziale dell'amore coniugale che induce i nubenti a consacrarsi l'un l'altro, nella completezza degli aspetti personali di anima e di corpo<sup>28</sup>. La radice della filiazione è da vedere, pertanto, nella mutua donazione totale con cui i coniugi met-

<sup>23</sup> Documenti principali: CONCILIO VATICANO II, *costituzione pastorale, Gaudium et spes*, 47-52; PAOLO VI, *litterae encyclicae, Humanae vitae*, 25 luglio 1968; GIOVANNI PAOLO II, *litterae encyclicae, Familiaris consortio*, 22 novembre 1981.

<sup>24</sup> Sul rinnovamento della riflessione ecclesiale in merito al matrimonio e alla famiglia si veda da ultimo e per tutti: A. SCOLA, *Il mistero nuziale. 2. Matrimonio-Famiglia*, Roma, 2000, 63-80.

<sup>25</sup> *Gaudium et spes*, 48 e 50.

<sup>26</sup> Sulle fasi di stesura della *Gaudium et spes* e le novità dell'insegnamento del Concilio Vaticano II, si veda A. FAVALE, *Fini del matrimonio*, 184-206.

<sup>27</sup> A. STANKIEWICZ, *La prole come finalità del matrimonio. Dal can. 1013 § 1 del C.I.C. al can. 1055 § 1 del C.I.C.* 1983, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, Città del Vaticano, 2003, 22; H. FRANCESCHI, *La prole nello stato di vita matrimoniale*, ivi, 40-41; P. MONETA, *Il bonum prolis e la sua esclusione*, 87.

<sup>28</sup> *Gaudium et spes*, 48. Il fondamento matrimoniale della procreazione è ripetuto nel documento della CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Donum vitae*, 22 febbraio 1987, II, A, 1-2.

tono in comune la rispettiva mascolinità e femminilità, comprensiva della dimensione feconda di potenziale paternità e maternità. È proprio del resto dell'amore coniugale, per sua natura effusivo, di non esaurirsi all'interno della coppia ma di rendere gli sposi capaci di donare, oltre se stessi, la vita a nuove creature<sup>29</sup>.

L'accento posto sul fondamento matrimoniale della procreazione comporta anche uno spostamento dell'ottica con cui viene esaminata la fecondità dell'unione coniugale. Si passa cioè dall'analizzare isolatamente gli "atti per sé idonei alla generazione" a considerare nella globalità lo "stato di vita coniugale"<sup>30</sup>. Non sono infatti le sole manifestazioni concrete, ma è il rapporto sponsale in sé, nella sua natura di donazione totale, che deve rispettare la verità dei due significati inscindibili dell'incontro sessuale, quello unitivo e quello procreativo<sup>31</sup>.

Pensare il figlio come dono, frutto e compimento del matrimonio fa entrare nel rapporto coniugale la realtà della nuova creatura. La prole non rileva unicamente dal punto di vista di una ordinazione potenziale dell'unione tra uomo e donna, ma anche sotto il profilo di una persona concreta che viene a far parte della comunità familiare e interagisce in forma privilegiata con coloro che gli hanno donato la vita<sup>32</sup>. I genitori si riconoscono nella carne del figlio e questo "ritrovarsi" si ripercuote come una energia nuova di crescita nella loro stessa vita di coppia<sup>33</sup>.

Lo sviluppo del magistero soprattutto ad opera di Giovanni Paolo II ha messo in luce, per l'appunto, la connessione essenziale esistente tra il matrimonio e la famiglia, due istituti complementari che non possono esistere disgiuntamente<sup>34</sup>. Se la famiglia è legittimata dall'avere alla base un patto nuziale valido, il matrimonio è intrinsecamente diretto a dare origine alla famiglia. Già con il consenso matrimoniale, infatti, i coniugi costituiscono tra loro una comunità veramente familiare, mentre la nascita di eventuali figli viene a completare, non a far sorgere, il nucleo sociale precedentemente formato dai soli genitori<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> *Familiaris consortio*, 14.

<sup>30</sup> Sullo spostamento progressivo di attenzione della riflessione teologica si veda G. MURARO, *Procreazione responsabile*, in *Nuovo dizionario di teologia morale*, Cinisello Balsamo (Milano), 1990, 1018.

<sup>31</sup> *Humanae vitae*, 12. Principi ribaditi nella *Donum vitae*, II, B, 4.

<sup>32</sup> La necessità di tenere conto, dopo la nascita del figlio, della presenza reale di una nuova creatura nella configurazione del *bonum prolis* è sottolineata in particolare da H. FRANCESCHI, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza rotale recente*, in *Ius Ecclesiae*, 11 (1999), 149. Sulla visione dinamica che di conseguenza bisogna assumere nell'analisi del *bonum prolis*, si rinvia a quanto detto *infra*, 3.1.

<sup>33</sup> G. MURARO, *Procreazione responsabile*, 1014.

<sup>34</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio*, 11, 14 e 15; *Lettera alle famiglie*, 7 e 10; *Allocutio ad praelatos auditores Romanae Rotae*, 1 febbraio 2001, n. 5 (*Ius Ecclesiae*, 13 (2001), 260). Si veda anche la *Carta dei diritti della famiglia*, Preambolo, B e C.

<sup>35</sup> Il rapporto necessario tra matrimonio e famiglia nel diritto canonico viene esaminato e approfondito da J.F. CASTAÑO, *Famiglia e rapporti familiari nel diritto della Chiesa*, in AA.VV., *La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa*, a cura di T. BERTONE e A. SEVERGNINI, Città del Vaticano, 1987, 86-89; E. ZANETTI, *Sacramento del matrimonio e famiglia cristiana. Le radici del diritto sulla famiglia nella Chiesa*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, (1994), 272-275; J. CARRERAS, *La giurisdizione della Chiesa sulle relazioni familiari*, in AA.VV., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, a cura di J. CARRERAS, Milano, 1998, 10-14; ID., *La dimensione giuridica del matrimonio e della famiglia*, in AA.VV., *Il concetto di diritto canonico - storia e prospettive*, a cura di C. ERRÁZURIZ e L. NAVARRO, Milano, 2000, 195-205; S. BERLINGÒ, *Il diritto «familiare» nell'ordinamento canonico*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Finocchiaro*, I, Padova, 2000, 134-137.

Le precisazioni più recenti della dottrina hanno in definitiva messo in luce, all'interno dell'insegnamento tradizionale sul matrimonio, i valori permanenti connessi alla struttura unitaria del progetto familiare di apertura alla vita. Sono stati evidenziati, in particolare, alcuni collegamenti inseparabili. L'inscindibilità, anzitutto, tra la famiglia e il matrimonio, perché il matrimonio è l'unico luogo che rende possibile la donazione dei coniugi, nel rispetto della sua intrinseca verità. L'inscindibilità, poi, della filiazione dal matrimonio, perché il matrimonio è l'unico ambito che garantisce di poter realizzare i rapporti personali implicati dalla procreazione ed educazione della prole, intesa non come un fatto puramente biologico ma come un fenomeno complesso di crescita umana che si realizza nella interrelazione e nel dialogo tra genitori e figli. L'inscindibilità, inoltre, della generazione dall'atto di intimità sessuale dei coniugi, perché la procreazione umana per essere conforme alla dignità della persona richiede di essere frutto e termine dell'amore sponsale, espressione non solo dell'accoppiamento fisico dei genitori ma della loro comunione spirituale, rafforzata dall'essere uniti nel vincolo matrimoniale. L'inscindibilità, infine, tra l'aspetto unitivo e l'aspetto procreativo della comunione sessuale tra gli sposi, in conformità alla natura della donazione coniugale che richiede una compartecipazione totale della persona, altrimenti non sarebbe una autentica donazione.

## 2. Crisi del modello tradizionale di matrimonio nella società odierna

La struttura ontologica del matrimonio e della famiglia viene affermata con insistenza dal magistero ecclesiale di fronte alle tendenze evolutive della società odierna che stanno mettendo in crisi il modello tradizionale ispirato dalla dottrina cristiana<sup>36</sup>. Le spinte disgregatrici derivano peraltro da più fronti.

Alla radice di questa cultura, ormai dominante nei paesi più industrializzati e di maggiore benessere economico, sta la diffusione di concezioni antropologiche che negano la natura irriducibile della persona, unione sostanziale di anima e corpo tesa a realizzare il superiore disegno divino, e propongono al contrario una visione meramente auto-referenziale dell'uomo e delle sue espressioni di vita sociale<sup>37</sup>. Alcuni degli assunti più diffusi di questi vari indirizzi di pensiero, quali il relativismo etico, l'individualismo libertario e l'utilitarismo, esercitano un influsso inevitabile sul modo di concepire sia l'essenza e i fini del vincolo coniugale, sia il senso e i mezzi di trasmissione della vita umana. Il dato più eclatante è proprio il passaggio da una mentalità che riconosce la "sacralità della vita" e la rispetta in modo assoluto, in qualsiasi stadio di sviluppo e in ogni situazione, anche di anormalità, a una impostazione culturale che invece valuta differentemente la "qualità della vita" in base a determinati indici fun-

<sup>36</sup> *Familiaris consortio*, 6. Sulla crisi moderna dell'idea di famiglia si veda G. LO CASTRO, *Famiglia e matrimonio nella temperie della modernità*, in *Matrimonio, diritto e giustizia*, Milano, 2003, 9-26.

<sup>37</sup> Per un esame sintetico dei diversi indirizzi di pensiero si rinvia a E. SGRECCIA, *Le visioni antropologiche sottese nel dibattito in bioetica*, in *Quaderni dello Studio rotale*, 12 (2002), 19-29; L. PALAZZANI, *Bio-etiche: teorie filosofiche a confronto*, in *La bioetica. Profili culturali, sociali, politici e giuridici*, a cura di G. DALLA TORRE e L. PALAZZANI, Roma, 29-59.



zionali e quindi pretende di discriminare il grado di tutela da attribuire alla persona a seconda dei vari livelli di maturazione o dello stadio di esercizio delle capacità sensitive e relazionali.

A rafforzare una visione incentrata sull'autonomia dell'uomo nel creato contribuisce certamente il progresso scientifico in ordine alle tecnologie applicate al processo di procreazione<sup>38</sup>. L'avanzamento della ricerca, che negli ultimi anni sta conseguendo una notevole accelerazione, ha prodotto una vera e propria "rivoluzione" nel campo della vita umana, in quanto le metodiche sempre più perfezionate consentono ormai di dominare il processo di procreazione e persino di manipolare l'identità genetica del nascituro. Si tratta di interventi di controllo, di sussidio o anche di sostituzione del sistema naturale di procreazione che progressivamente sono giunti ad alterare in forma crescente le modalità umane di trasmissione della vita. All'inizio, la contraccezione è riuscita a separare, all'interno dell'atto sessuale, il significato unitivo da quello procreativo della copula coniugale. Le successive tecniche di fecondazione medicalmente assistita sono giunte a disarticolare ulteriormente i diversi elementi del processo procreativo che nella generazione naturale conducono, come un tutto unitario e senza soluzione di continuità, dal concepimento alla nascita del figlio. La fusione dei gameti può essere infatti separata dall'incontro interpersonale dei genitori. Lo sviluppo dell'embrione può avvenire, almeno nelle prime fasi di sviluppo, al di fuori del corpo della madre. Coloro che hanno donato il patrimonio genetico o hanno portato a termine la gravidanza possono non identificarsi con i soggetti che si assumono la cura sociale del bambino.

Non si possono in tutto questo non intravedere molteplici pericoli per la dignità della filiazione<sup>39</sup>. Le possibilità scientifiche di padroneggiare i processi di procreazione e di diagnosticare ancor prima della nascita il patrimonio cromosomico del nascituro portano ad alterare il naturale rapporto di accoglienza del figlio, trasformandolo in rapporto di dominio. Il figlio non è più un dono da ricevere, ma diventa un progetto da costruire. La tendenza è riscontrabile anche a prescindere dall'uso delle tecniche di fecondazione assistita, nelle gravidanze che pur sono insorte naturalmente ma vengono "medicalizzate" in modo esasperato, circondate da una congerie di analisi e di accertamenti, quasi fossero fenomeni patologici da tenere costantemente sotto controllo. Al fondo di una simile progressione di ingerenze sui processi di generazione e sul frutto del concepimento si ritrova, come un portato significativo della mentalità

<sup>38</sup> M. CANTARELLA-E. CITTADINI-E. LEFALÙ (e altri), *Biologie della riproduzione umana*, Palermo, 1995; TH. RABE (e altri), *Manual on assisted reproduction*, Berlin-New York, 1996.

<sup>39</sup> La valutazione dell'incidenza dell'uso delle pratiche di procreazione assistita sul matrimonio e la filiazione viene svolta nel documento della CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, *Donum vitae*, 22 febbraio 1987. L'analisi delle problematiche etiche connesse alla procreazione assistita viene svolta da E. SGRECCIA-M.L. DI PIETRO, *Procreazione artificiale*, in *Nuovo dizionario di teologia morale*, 994-1007; M.L. DI PIETRO, *La fecondazione artificiale: aspetti scientifici*, in AA.VV., *Progresso biomedico e diritto matrimoniale canonico*, a cura di C. ZAGGIA, Padova, 1992, 3-20; E. SGRECCIA, *La fecondazione artificiale di fronte all'etica: la prospettiva personalista*, *ivi*, 39-65; F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, Torino, 1996, 133-172; AA.VV., *Quale vita? La bioetica in questione*, a cura di A. SCOLA, Milano, 1998; L. CICCONE, *Bioetica. Storia, principi, questioni*, Milano, 2003, 81-160.

odierna, l'aspirazione di generare bambini sani, cosicché le diagnosi prenatali divengono, di fatto, selezioni eugenetiche<sup>40</sup>.

L'alterazione del rapporto normale di procreazione, in definitiva, può arrecare pregiudizio a beni fondamentali del figlio, quali la vita, l'integrità psico-fisica e l'identità genetica. E ancora, possono essere compromessi valori essenziali dei rapporti familiari, come l'interesse del bambino a nascere da un atto d'amore dei genitori, a crescere in una comunità stabile fondata sul matrimonio, a essere allevato dalle stesse persone da cui deriva il suo patrimonio genetico. Si pone quindi il grave problema di temperare la tutela del nascituro con quella degli aspiranti genitori<sup>41</sup>. Nel regolare le diverse pretese, tuttavia, bisogna tenere conto che sotto il profilo ontologico dell'oggetto giuridico da proteggere le posizioni non possono essere poste sullo stesso piano di cogenza, perché per il concepito sono messi in causa veri diritti a beni assoluti, per il padre e la madre, invece, aspettative, pur legittime, di libertà<sup>42</sup>.

Nell'evoluzione della disciplina del diritto di famiglia, peraltro, si riscontra un'influenza reciproca tra le tendenze della cultura dominante e l'orientamento prevalente delle legislazioni.

L'indirizzo ormai comune delle normative europee conduce a far tramontare l'archetipo tradizionale di famiglia, in cui l'istituzione aveva funzioni pubbliche precise ed era regolata rigidamente all'interno con ruoli predefiniti per i singoli componenti, e ad affermare invece un modello privatistico, in cui il matrimonio è considerato al pari di una associazione tra due individui diretta a perseguire la loro massima felicità<sup>43</sup>. All'autonomia dei coniugi viene così riconosciuta un'importanza centrale e determinante, in quanto possono decidere sia il momento della costituzione del matrimonio, sia la durata del vincolo, sia il modo di impostare e di ordinare di comune accordo i

<sup>40</sup> Sulle implicazioni etiche relative alla diagnosi prenatale si veda L. CICCONE, *Bioetica*, 163-175.

<sup>41</sup> Sui principi giuridici in materia si vedano G. DALLA TORRE, *Bioetica e ordinamento giuridico italiano*, in *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993, 29-64; A.M. VEGA, *Ética, legalidad y familia en las técnicas de reproducción humana asistida*, in *Ius canonicum*, 35 (1995), 673-728; M.L. DI PIETRO - E. SGRECCIA, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Brescia, 1999; F.D. BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, (2003), 263-285.

<sup>42</sup> Non sempre le legislazioni in materia rispettano la scala di priorità, anzi spesso viene data la preferenza agli interessi del più forte, ossia gli adulti, rispetto al più debole, l'embrione non ancora nato, cui non viene neppure riconosciuta talvolta la soggettività giuridica, almeno nei primi stadi di sviluppo. Per una panoramica delle normative in materia nell'ambito dell'Unione Europea si vedano M. SEGNI, *Le biotecnologie mediche nell'esperienza dell'Unione Europea*, in *Famiglia*, (2003), 311-320; C. CASINI - M. CASINI, *Procreazione artificiale: il quadro legislativo europeo*, in *Famiglia oggi*, 12 (2003), 70-80.

<sup>43</sup> G. DALLA TORRE, *Motivi ideologici e contingenze storiche nell'evoluzione del diritto di famiglia*, in AA.VV., *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, Studi raccolti da F. D'AGOSTINO, Milano, 1985, 35-59; L. MENGONI, *La famiglia tra pubblico e privato negli ordinamenti giuridici europei*, in AA.VV., *La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa*, 239-246; V. POCAR-P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Bari, 1998; M. FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano, 1997, 3-75; G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, (2001), 939-988; P. STANZIONE, *Rapporti personali nella famiglia: l'esperienza europea*, in *Famiglia*, (2001), 1097-1124; P. ZATTI, *Famiglia, familiae - Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, (2002), 9-42; M. DOGLIOTTI, *Famiglia (dimensioni della)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 8 (1992), 174-180.

reciproci rapporti personali e patrimoniali<sup>44</sup>. La crescente rilevanza del criterio individualistico-volontario nella disciplina del matrimonio, nondimeno, produce conseguenze significative sull'intero sistema. La possibilità attribuita ai coniugi di derogare a una serie sempre più ampia di norme porta infatti, inevitabilmente, alla progressiva degiuridicizzazione dell'istituto, che risulta privo di una struttura indisponibile e intangibile, persino negli aspetti essenziali<sup>45</sup>. Nel contempo, e in stretta connessione con quanto appena detto, si assiste a una graduale corrosione del nesso, prima inscindibile, tra la celebrazione di nozze legittime e il riconoscimento dei diritti delle comunità familiari<sup>46</sup>.

Per quanto concerne la filiazione, tuttavia, l'indirizzo legislativo prevalente si ispira a principi apparentemente contraddittori. A differenza dei rapporti personali tra i coniugi, che sono lasciati al libero consenso delle parti, i rapporti tra genitori e figli, principalmente quando questi ultimi sono ancora minorenni, vengono disciplinati da norme imperative inderogabili e possono giustificare interventi pubblici più penetranti, diretti a controllare, in nome del preminente interesse del minore, che i genitori assicurino una cura e una socializzazione adeguate<sup>47</sup>. La discrezionalità educativa dei genitori, dunque, pur ampia, non comporta più una posizione di autorità assoluta e insindacabile, perché deve rispettare i limiti derivanti dalla salvaguardia dei diritti inviolabili dei figli, da un lato, e, dall'altro, dalla necessaria attenzione verso le loro capacità personali e inclinazioni soggettive, secondo una concezione dialogica del rapporto educativo<sup>48</sup>.

Se l'ordinamento tende a proteggere il figlio come individuo già esistente e bisognoso di tutela in quanto soggetto debole, non si preoccupa invece di sindacare il modo in cui i coniugi o le persone non unite da matrimonio scelgono di esercitare le

<sup>44</sup> Gli unici limiti inderogabili alla disponibilità dei coniugi sono la regola dell'accordo e il principio di uguaglianza tra uomo e donna. A differenza del regime precedente che assegnava un diverso status con un preciso ruolo all'interno della famiglia per il marito e la moglie, nel sistema attuale ciascuno è libero di scegliere le proprie funzioni per sviluppare le proprie potenzialità. Di conseguenza, le parti tra uomo e donna risultano indifferenziate e interscambiabili.

<sup>45</sup> Sulla degiuridicizzazione del matrimonio civile in una prospettiva comparata con il matrimonio canonico si veda G. LO CASTRO, *L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali*, in *Tre studi sul matrimonio*, Milano, 1992, 126-87.

<sup>46</sup> La struttura della famiglia fondata sul matrimonio non è più riconosciuta come un principio fondamentale e immutabile, ma viene considerata un portato di determinate condizioni culturali, sociali, politiche ed economiche. L'evoluzione storica può pertanto condurre a trasformare, se non a superare, il modello tradizionale, sino a riconoscere diritti concorrenti o addirittura la piena equiparazione delle convivenze di fatto o anche delle unioni tra persone dello stesso sesso. Sull'attuale tendenza delle legislazioni europee si veda G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, 945-947. Per un commento critico alla dissociazione tra famiglia e matrimonio si vedano F. D'AGOSTINO, *La verità della famiglia*, in *Linee di una filosofia della famiglia*, 141-154; G. LO CASTRO, *Moderne incertezze sul matrimonio*, in *Matrimonio, diritto e giustizia*, 45-65.

<sup>47</sup> L. MENGONI, *La famiglia*, 242-246; G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, 960. Sulla nozione di "interesse superiore del minore" come concetto "in bianco" che si presta a strumentalizzazioni ideologiche e ingerenze pubbliche penetranti, si veda P. ZATTI, *Famiglia, familiae - Declinazioni di un'idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Famiglia*, (2002), 355-358.

<sup>48</sup> Si sottolinea come il peculiare sistema italiano, che prevede l'intervento del giudice per risolvere i conflitti nelle relazioni tra genitori e figli, abbia condotto al sorgere di un nuovo tipo di conflittualità familiare (L. MENGONI, *La famiglia*, 244-246).

proprie capacità innate di procreazione<sup>49</sup>. L'uso della sessualità e la conseguente generazione, infatti, sono progressivamente fatte rientrare nell'ambito della sfera intima della persona che viene sottratta all'imposizione di valutazioni pubbliche superiori e ricondotta anzi al diritto fondamentale di salute individuale. Espressione di questa tendenza sono le politiche legislative dirette ad abolire le sanzioni penali per comportamenti che impediscono la procreazione<sup>50</sup> e a depenalizzare, almeno parzialmente, l'interruzione volontaria del processo fisiologico di gravidanza e quindi la soppressione del feto, per tutelare la salute, fisica o psichica, della donna<sup>51</sup>.

La neutralità della normativa in ordine alla procreazione si riscontra pure all'interno del matrimonio. Per sposarsi non sono più richiesti requisiti di capacità oggettiva che garantiscano, quanto meno come possibile potenzialità, l'unione sessuale e la generazione della prole<sup>52</sup>. Le decisioni in merito al compimento degli atti di intimità coniugale e alla nascita dei figli rientrano tra le questioni che non solo sono rimesse interamente all'autonomia degli sposi, ma richiedono pure, per essere eseguite, la spontanea adesione di entrambi, senza la possibilità di coercizione di una parte sull'altra<sup>53</sup>. Essendo considerata un aspetto della personalità di dominio esclusivo del singolo individuo, la procreazione non può essere oggetto di diritti e doveri reciproci, neppure tra coniugi, ma riguarda la libertà assoluta di ciascuno<sup>54</sup>.

Dal momento che l'ordinamento riconosce ai coniugi il potere di escludere l'unione sessuale e la nascita di figli dal proprio progetto matrimoniale, ne consegue come non si possa più ritenere la procreazione uno dei fini istituzionali del matrimonio, prestabilito e tutelato da norme inderogabili<sup>55</sup>. L'unico obiettivo che risulta rilevante per instaurare il consorzio coniugale o per determinarne la cessazione resta, nella prospettiva volontaristica del rapporto sponsale, la comunione materiale e spirituale tra gli sposi.

<sup>49</sup> A differenza, invece, dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita che richiedono un intervento esterno alla coppia e sono subordinate al possesso di requisiti soggettivi o condizioni oggettive più o meno rigorosi, a seconda delle diverse normative (P. ZATTI, *Famiglia, familiae*, II, 361-364).

<sup>50</sup> Si veda nell'ordinamento italiano la soppressione dei reati previsti dal codice penale Rocco nell'art. 546 (procurato aborto), art. 552 (procurata impotenza alla procreazione) e art. 553 (incitamento a pratiche contrarie alla procreazione).

<sup>51</sup> G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, 966-967.

<sup>52</sup> Si veda, in questo senso, la legge italiana di riforma del diritto di famiglia italiano (n.151 del 1975), che ha abrogato l'impedimento di impotenza, previsto dall'art. 123 del codice civile. L'eventuale incapacità sessuale di uno dei due nubenti può comportare l'invalidità del matrimonio solo se determina nell'altra parte un errore essenziale sulle qualità personali, nei limiti peraltro abbastanza stretti dei termini previsti per sollevare l'azione di annullamento (art. 122 codice civile).

<sup>53</sup> Secondo la nuova impostazione volontaristica, non è più configurabile il c.d. debito coniugale. L'attività sessuale e la procreazione possono essere precluse dal veto unilaterale di uno dei coniugi e i progressi nel campo medico-scientifico forniscono alla donna più strumenti, rispetto all'uomo, per impedire, anche a suo completo arbitrio, il concepimento e la nascita dei figli. Basti considerare la possibilità di controllare pienamente la fecondità con l'uso degli anticoncezionali. Anche la normativa, del resto, sancisce un maggiore potere della donna sulla procreazione, pure all'interno del matrimonio, quando non attribuisce alcuna rilevanza all'opposizione del futuro padre per praticare l'interruzione volontaria della gravidanza (cfr. in Italia la legge n. 194 del 1978).

<sup>54</sup> G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, 977-978; P. ZATTI, *Famiglia, familiae*, II, 20.

<sup>55</sup> G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, 978.



La separazione tra matrimonio e procreazione è resa ancora più evidente dall'orientamento legislativo diretto a fondare il rapporto giuridico tra genitori e figli sul mero fatto della generazione, a prescindere dall'esistenza di un legittimo vincolo coniugale dei genitori tra di loro o con altre persone. In questo senso sono da leggere significativi cambiamenti: la quasi completa equiparazione della condizione dei figli naturali con quella dei figli legittimi; l'abolizione di molti limiti previsti in passato per il riconoscimento dei figli naturali a tutela della famiglia legittima; la tendenza a non considerare modello preferenziale di rapporto genitoriale la doppia figura della coppia coniugale<sup>56</sup>. Si assiste così al graduale passaggio ad un sistema di disciplina che accentua i profili di responsabilità derivanti dalla procreazione e cerca di realizzare una maggiore corrispondenza tra verità biologica e riconoscimento formale del rapporto di filiazione.

Il legame tra genitori e figli viene quindi protetto come un valore autonomo, indipendentemente dal riferimento al modello familiare fondato sul matrimonio. Paradossalmente, peraltro, la generazione spontanea viene difesa solo *a posteriori*, se i genitori dimostrano nei fatti di essere del tutto inadeguati a svolgere i compiti di cura e di educazione della prole<sup>57</sup>. Al contrario, nella filiazione legale o nella procreazione assistita sono previsti accertamenti preventivi, più o meno rigorosi a seconda delle diverse normative, in merito al possesso di requisiti soggettivi di capacità e alla verifica di oggettive condizioni familiari per poter diventare genitori. In questo caso, i parametri di garanzia per salvaguardare l'interesse del minore generalmente si ispirano ancora al prototipo della coppia genitoriale unita con vincolo stabile.

### 3. Le sfide attuali al diritto canonico

Le accennate problematiche, connesse all'evoluzione culturale, scientifica e legislativa della società odierna, non possono non interpellare il diritto della Chiesa. Alla scienza e alla normativa canonistica sono da ricondurre un'ascendenza e una responsabilità storica in ordine al destino del matrimonio e della famiglia: a esse si deve un influsso determinante nel forgiare il modello tradizionale degli istituti familiari, all'epoca dell'*utrumque ius*. Ma persino dopo la separazione tra la giurisdizione dello stato e quella della chiesa, il diritto canonico non può cessare di dialogare con il mondo secolare e cercare di tradurre la struttura ontologica del coniugio e della filiazione in concetti giuridici capaci di essere percepiti come valori validi per ogni contesto socio-culturale<sup>58</sup>.

Nella disciplina giuridica del matrimonio che si fonda sulla legislazione giovanneopaulina si riscontrano nondimeno aspetti discordanti. Il codice di rito latino e quello delle chiese orientali ribadiscono, in conformità alla tradizione ecclesiale risalente, la posi-

zione essenziale dell'*ordinatio ad prolem* nel sistema matrimoniale, e ricorrono, per definire la nozione dell'unione sponsale e dei suoi fini, alle medesime parole del Concilio Vaticano II<sup>59</sup>. Pure la dottrina e la giurisprudenza si dimostrano attente alla nuova lettura antropologica della procreazione proposta dal magistero più recente. Molti autori, anzi, si occupano della filiazione in modo più esteso dei meri effetti del matrimonio e trattano il rapporto tra genitori e figli nel quadro globale del diritto della famiglia<sup>60</sup>. Nelle decisioni della Rota romana, inoltre, si riscontrano frequenti citazioni dei documenti pontifici, in forma persino molto articolata, per integrare e interpretare le norme dei codici<sup>61</sup>. Alcune sentenze propongono anche una definizione più ampia del *bonum prolis*, quale dimensione procreativa oggetto della reciproca *donatio-acceptatio* tra gli sposi<sup>62</sup>, ovvero principio di fecondità strutturale all'intero consorzio coniugale<sup>63</sup>.

Nella maggioranza, tuttavia, l'impostazione del rapporto tra procreazione e matrimonio resta immutata rispetto alla visione corporalistica predominante nel codice precedente.

<sup>59</sup> Si vedano le disposizioni relative ai fini del matrimonio («*indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum*») (can. 1055 CIC, can. 776, § 1 CCBO), al perfezionamento del consorzio mediante il compimento *humano modo* dell'atto coniugale «*per se aptum ad prolis generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium*» (can. 1061 CIC), ai caratteri essenziali del matrimonio che devono essere conosciuti dai nubenti («*ordinatum ad prolem, cooperatione aliqua sexuali, procreandum*») (can. 1096 CIC, can. 819 CCEO).

<sup>60</sup> Oltre agli autori citati nella nota 35, si vedano: A. CASIRAGHI, *Il diritto di famiglia nel nuovo Codice di diritto canonico*, in AA.VV., *Le nouveau Code de droit canonique*, Ottawa, 1986, II, 853-879; P. BIANCHI, *Il "diritto di famiglia" della Chiesa*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, (1994), 285-299; U. NAVARRETE, *Diritto Canonico e tutela del matrimonio e della famiglia*, in AA.VV., *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Città del Vaticano, 1994, 987-1002; S. GHERRO, *Famiglia nel diritto canonico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 8 (1992), 217-222; P.J. VILADRICH, *La famiglia «sovranica»*, in *Ius Ecclesiae*, 7 (1995), 539-550; J.I. ARRIETA, *La posizione giuridica della famiglia nell'ordinamento canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 7 (1995), 551-560. La dottrina rileva criticamente la mancanza, nella legislazione vigente, di una previsione organica del diritto della famiglia e sostiene la necessità di assemblare un sistema coerente e completo che coalizzi, intorno ai principi fondamentali di diritto divino, le disposizioni sparse nei codici e nelle fonti complementari.

<sup>61</sup> Si veda la panoramica della giurisprudenza citata da P. BIANCHI, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza della Rota Romana dal CIC 1983*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, 101-106. Tra le sentenze pubblicate più di recente, si possono ricordare la *Patavina*, c. Ragni, 4 luglio 1995, in *RR Decisiones*, (1995), 450-453, nn. 3-8; la *Mediolanen.*, c. Burke, 19 ottobre 1995, *ivi*, 558-559, nn. 2-6; la *Bononiensis*, c. Stankiewicz, 24 luglio 1997, *ivi*, (1997), 644-645, n. 17.

<sup>62</sup> Come si legge nella *Mediolanen.*, c. Burke, 19 ottobre 1995: «*Huiusmodi traditio ac acceptatio evidenter comprehendit dimensionem corporalem uniuscuiusque coniugis, illam quoque quae physicae sexualitati peculiarissima est, potentiam nempe in patrem vel in matrem se convertendi. ... unusquisque coniux singulare bonum confert alteri in matrimonio, participem eum faciens propriae potentiae procreativae; ... Talis donatio/acceptatio mutuae ac complementariae potentiae procreativae - scilicet, «bonum prolis», in proprio sensu procreativitatis («proles in suis principiis») - essentialis est ut mutua auto-donatio sit authentice coniugalitatis*» (559-560, n. 9).

<sup>63</sup> «*Ex supradictis iam efficitur potest ut «principium procreativum» sit elementum essenziale ipsius matrimonii et obiecti formalis consensus, quod sub adpectu subiectivo intentionem prolis seu procreandi effingit, sub adpectu autem obiectivo «procreationis» rationem, quae ex iure divino nexu indissolubili cum ratione «unitatis» coniungitur, iuri officioque coniugali ad actus amoris coniugalis insculpit, qui ideo ad vitae humanae transmissionem aptitudinem naturalem conservare debent*» (Romana, c. Stankiewicz, 22 febbraio 1996, in *RR Decisiones*, (1996), 124, n. 15).

<sup>56</sup> G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, 974-976; P. ZATTI, *Famiglia, familiae*, II, 350-354, 358.

<sup>57</sup> P. ZATTI, *Famiglia, familiae*, II, 362-363.

<sup>58</sup> P. J. VILADRICH, *Matrimonio e sistema matrimoniale della Chiesa. Riflessioni sulla missione del diritto matrimoniale canonico nella società attuale*, in *Quaderni studio rotale*, I (1987), 23.

Nonostante le innovazioni terminologiche della normativa vigente che si rifanno ai testi conciliari, si sottolinea, soprattutto in giurisprudenza, come non possa considerarsi cambiato l'oggetto giuridico formale del patto matrimoniale in merito alla procreazione<sup>64</sup>. L'esame delle sentenze rotali mostra in concreto come l'*ordinatio ad prolem* venga definita generalmente con le stesse formule elaborate anteriormente in base alla concezione del consenso come scambio dello *ius in corpus*<sup>65</sup>. Al pari della giurisprudenza precedente, dunque, nel *bonum prolis* sono ricompresi lo *ius-obligatio* a compiere gli atti per sé idonei alla procreazione e lo *ius-officium* a non impedire gli effetti naturali del concepimento, vale a dire la nascita della prole, la sua conservazione in vita e la sua educazione negli aspetti umani essenziali<sup>66</sup>.

Il persistente orientamento esegetico che riduce il *bonum prolis* al presupposto fisico dell'atto sessuale fecondo pone in evidenza come i pur significativi richiami a un principio procreativo strutturale alla totalità del dono coniugale restino, in definitiva, a livello di mere enunciazioni teoriche, quasi a delineare il profilo astratto dell'orientamento alla filiazione, mentre in senso concreto e nell'applicazione pratica l'*ordinatio ad prolem* viene ricondotta alla *traditio-acceptatio* dello *ius-obligatio ad actum per se aptum ad prolis generationem*<sup>67</sup>.

Questa interpretazione non può ormai non apparire inadeguata<sup>68</sup>. L'insistenza del magistero pontificio sulla promozione della verità del coniugio e della famiglia, in-

<sup>64</sup> La stessa *decisio c.* Stankiewicz, citata nella nota precedente, lo sottolinea: «Attamen, ut ad rem docemur, novus Codex hac in re modum dicendi quidem contraxit, "sed obiectum consensus non mutavit, nec mutare potuisset cum agatur de foedere in iure naturali fundato" (coram Agustoni, *decisio diei 15 octobris 1985*,... n. 3). ... Etenim "uti certum habent sive doctrina sive iurisprudencia quod nihil est immutatum quoad rem e veteri disciplina matrimoniali" (coram Boccafoli, *decisio diei 16 ianuarii 1989*,... n. 4)» (Romana, 22 febbraio 1996, 119, n. 6). Il principio è affermato anche da sentenze successive: «Ex eo, quod novum ius alia verba adhibet ad obiectum essentiale consensus indicandum et exclusionem boni prolis denotandam, argui non potest doctrinam circa elementa essentialia obiecti matrimonialis consensus mutatam esse» (Sancti Ioannis Portoricens., c. Huber, 6 maggio 1997, in *RR Decisiones*, (1997), 375, n. 4). Si vedano anche le definizioni raccolte da P. BIANCHI, *L'esclusione della prole*, 106-108.

<sup>65</sup> Fanno eccezione le *coram* Burke, che anche nelle applicazioni concrete conservano una considerazione personalistica della dimensione procreativa: «Procreativitatem nempe excludens, quis reapse nec se donat, nec alteram partem accipit, in plena coniugali dimensione personae» (Mediolanen., 19 ottobre 1995, 560, n. 9).

<sup>66</sup> «Si distinguimus in bono prolis id, quod est essentiale, ab eis, quae sunt integrantia vel accidentalia, dicere debemus bonum prolis essentialiter comprehendere ius et correlativam obligationem ad actus matrimonii proprios peragendos. Hoc bonum amplectitur iuxta constantem iurisprudenciam canonicam etiam bonum physicum prolis, id est ius et officium ad prolis forte conceptae nativitatem eiusque in vitae conservationem et educationem» (Friburgen., c. Huber, 20 dicembre 1995, in *RR Decisiones*, (1995), 749, n. 7). Sull'estensione dell'oggetto del consenso per le nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita cfr. *infra*, 3.6.

<sup>67</sup> La distinzione tra profilo astratto e profilo concreto del *bonum prolis* viene appunto teorizzata dalla giurisprudenza: «Bonum prolis, ut notum est, in abstracto coincidi cum fine matrimonii primordiali seu cum ordinatione ad prolis procreationem et educationem. Hoc bonum in concreto importat iuxta vetus ius, in casu applicandum, "ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem" (can. 1081, § 2)» (Sancti Ioannis Portoricens., c. Huber, 6 maggio 1997, in *RR Decisiones*, (1997), 375, n. 4).

<sup>68</sup> P. MONETA, *Il bonum prolis e la sua esclusione*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, 88-92.

sieme con la gravità della crisi dell'istituto matrimoniale in atto nella società di oggi, richiedono alla scienza e alla giurisprudenza canoniche uno sforzo di comprensione più profonda, che sia anche ricettiva dei valori messi in luce nel tempo presente. È necessario, cioè, elaborare schemi e categorie giuridiche nuove, idonee a cogliere il significato autentico e la funzione reale della procreazione umana in se stessa e nel rapporto con il matrimonio, facendo riferimento sia all'insegnamento del magistero ecclesiale, sia ai contributi delle altre scienze, antropologiche o teologiche, che studiano da diversi punti di vista le dimensioni complesse della filiazione<sup>69</sup>. Nel contempo, per non fermarsi ad un piano puramente speculativo, bisogna anche saper dedurre le conseguenze giuridiche concrete che da questa più vera impostazione assiologica possono ricadere sulla disciplina effettiva dei diversi aspetti e problemi attinenti all'accoglienza della prole nel matrimonio.

Si può in questa sede accennare ad alcuni profili significativi della materia che sono da ripensare, rinviando a studi successivi l'approfondimento ulteriore.

### 3.1 La nozione di procreazione

Il termine stesso, usato abitualmente per definire l'orientamento primario del matrimonio a dare vita a nuove creature, richiede di essere ridefinito. Al posto dell'espressione "procreazione", che si riferisce più strettamente al momento del concepimento e della nascita della prole, sembra preferibile fare ricorso alla nozione di "filiazione", maggiormente comprensiva dei complessi rapporti che si instaurano con l'accoglienza e la cura del bambino, per tutto il corso dell'esistenza sia dei genitori sia del figlio. Il procreare umano, infatti, non consiste solo nel generare un nuovo individuo, ma implica, in senso più pregnante, porre nell'essere una persona «e continuare a crearla con una relazione di vita che praticamente non ha mai termine»<sup>70</sup>. Il dono della vita dei genitori non si esaurisce certo nell'unico gesto di compiere la copula per sé feconda, ma comprende una sequenza di atti, che coinvolgono la totalità della persona nel suo costante divenire: il concepimento, la gravidanza, la nascita, l'allevamento e l'educazione protratti nel tempo.

La considerazione globale del ruolo plurimo dei genitori deve indurre a trarre alcune conseguenze giuridiche importanti.

Il carattere composito del processo procreativo richiede anzitutto di riconoscere la co-essenzialità dei molteplici atti che costituiscono l'intera sequenza di formazione della prole. Non basta la sola esistenza dei presupposti fisici in ordine al concepimento e alla sopravvivenza del bambino, perché tutte le fasi o tappe del successivo sviluppo materiale e spirituale risultano egualmente indispensabili ai fini della crescita delle persone all'interno della famiglia<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> La necessità di un nuovo approccio al tema della procreazione viene sottolineata da S. BERLINGÒ, *Il diritto familiare*, 132 e P. MONETA, *Il bonum prolis*, 92.

<sup>70</sup> G. MURARO, *Procreazione responsabile*, 1011.

<sup>71</sup> Si vedano sotto (3.3) le considerazioni specifiche in ordine alla rilevanza dell'educazione della prole.

La prospettiva in divenire del processo procreativo induce poi ad assumere una visione dinamica nell'analisi del *bonum prolis*, e a distinguere tra le diverse condizioni dell'apertura alla vita e le varie fasi del rapporto con i figli<sup>72</sup>. Prima della nascita concreta di nuove creature, il principio procreativo strutturale del matrimonio non può che consistere nella disponibilità fondamentale dei coniugi a donarsi e accogliersi nella dimensione di potenziali genitori. Dopo la venuta al mondo del bambino, invece, bisogna tenere conto della sua presenza come persona reale, dotata di proprie esigenze, che esiste accanto e di fronte ai genitori. La considerazione del *bonum prolis* non può rimanere, pertanto, al livello astratto di ordinazione intrinseca degli atti coniugali, ma deve guardare al bene effettivo del figlio, da valutarsi in concreto, in rapporto sia agli stadi progressivi della sua crescita, sia all'interazione con i compiti e le aspettative dei genitori.

### 3.2 La connessione tra filiazione e matrimonio

Nel diritto matrimoniale canonico, a differenza delle legislazioni civili, la filiazione non può essere disgiunta dal matrimonio<sup>73</sup>. Dato che il procreare umano non consta solo del fatto biologico di mettere al mondo una nuova creatura, ma implica la crescita della persona all'interno di un sistema di relazioni familiari dei generanti tra di loro e con il generato, il contesto naturale in cui ciascuno può acquisire la propria identità e svolgere compiutamente il proprio ruolo è quello del consorzio di comunione coniugale costituito da una coppia di genitori uniti da un vincolo duraturo<sup>74</sup>. Il riferimento necessario al matrimonio per definire lo *status* filiale emerge con evidenza dalla stessa normativa vigente, che conserva la distinzione terminologica tra figli legittimi e figli illegittimi<sup>75</sup>, sebbene alla diversa qualifica non siano ricondotte differenze rilevanti sotto il profilo dei diritti e dei doveri dei genitori nei confronti della prole<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> La prospettiva dinamica di esame del contenuto del *bonum prolis* viene messa in evidenza da H. FRANCESCHI, *La prole nello stato di vita matrimoniale*, 32-35. L'autore propone una diversa definizione dell'*intentio prolis* a seconda che si riferisca al momento fondativo del consenso in cui non sono ancora nati i figli, ovvero al momento successivo in cui i figli sono una presenza reale accanto ai genitori.

<sup>73</sup> A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione*, 168.

<sup>74</sup> Si veda l'insegnamento del magistero e della dottrina sul rapporto tra filiazione e amore coniugale citato *supra* (1). Sottolineano la necessità del fondamento "matrimoniale" della filiazione perché il figlio possa acquisire la propria identità e i coniugi siano in grado di svolgere appieno il loro compito, J. CARRERAS, *La dimensione giuridica del matrimonio e della famiglia*, 202-203; H. FRANCESCHI, *La prole nello stato di vita matrimoniale*, 36-39.

Il necessario presupposto matrimoniale per la realizzazione della funzione educativa dei genitori è messo in evidenza pure da TOMMASO D'AQUINO: «*Filius autem a parente educari et instrui non posset nisi determinatos et certos parentes haberet. Quod non esset nisi esset aliqua obligatio viri ad mulierem determinatam, quae matrimonium facit*» (IV Sent., d. 26, q. 1, a. 1).

<sup>75</sup> Cann. 1137-1140 CIC. A differenza della legislazione civile che ha abbandonato il termine "illegittimo" per preferire quello di "naturale", nel codice di rito latino viene conservata volutamente la dicitura di figli "illegittimi". Sulla discussione nel corso dei lavori di revisione della normativa, si veda A. CASIRAGHI, *Il diritto di famiglia*, 868. Rilevano l'importanza giuridica di aver mantenuto la distinzione tra figli legittimi e figli illegittimi J. CARRERAS, *La dimensione giuridica*, 202; H. FRANCESCHI, *La prole nello stato di vita matrimoniale*, 36.

<sup>76</sup> I diritti e i doveri dei genitori di prendersi cura della prole sono analoghi a quelli della filiazione legittima, ma dato che la procreazione non è connessa al matrimonio della coppia, l'acquisizione delle re-

Peraltro, la connessione della filiazione con il matrimonio non è priva di conseguenza giuridiche. Il fatto che il patto d'amore coniugale sia intrinsecamente ordinato a donare, oltre le persone degli stessi sposi, la vita a nuove creature, fa sì che nell'atto costitutivo del matrimonio trovino origine non solo i diritti-doveri dei coniugi tra loro in ordine alla procreazione, ma anche i diritti-doveri nei riguardi dei figli, per quanto concerne l'intera sequenza del processo procreativo<sup>77</sup>. È pertanto al momento dell'espressione del consenso nuziale che i soggetti intenzionati a far sorgere una famiglia legittima devono essere animati dalle necessarie disposizioni e possedere le debite attitudini per realizzare in modo responsabile tutte le fasi progressive della cura dei figli.

### 3.3 L'educazione dei figli

La valutazione globale del processo procreativo connesso al matrimonio conduce a sottolineare il nesso inscindibile tra generazione ed educazione della prole. La tradizione ecclesiale ha sempre affermato che la procreazione non termina con la nascita, ma implica una generazione continua della nuova creatura per condurla allo stato di maturazione, sia nel corpo che nello spirito<sup>78</sup>. L'importanza dell'educazione è stata messa in risalto in modo particolare dal magistero più recente, in quanto si ravvisa in essa una componente essenziale della funzione, assegnata ai genitori, di collaborare nell'opera creatrice di Dio e di condurre i figli alla pienezza di vita, sia in ordine al piano naturale dell'identità e della socializzazione umane, che al piano soprannaturale di conoscenza e di partecipazione al mistero della salvezza<sup>79</sup>.

Del ruolo educativo dei genitori sono accentuati soprattutto due aspetti rilevanti. Si evidenzia, anzitutto, il collegamento stretto tra l'educazione e l'amore coniugale: trattandosi di una prosecuzione della fecondità che scaturisce dalla donazione totale degli sposi, al pari della generazione biologica anche la generazione spirituale, fatta di

sponsabilità genitoriali si fonda sul fatto della generazione e non si inserisce in un sistema familiare, cosicché il rapporto del figlio con i genitori si biforca in due relazioni distinte con ciascuno di essi e non consta, come nella filiazione legittima, di una relazione complessa ma unitaria con la coppia unita in matrimonio. In generale sui diritti e doveri dei genitori nei riguardi dei figli, si vedano: A. CASIRAGHI, *Il diritto di famiglia*, 869-879; P. BIANCHI, *Il "diritto di famiglia"*, 295-297; G.C. MORI, *Filiazione (diritto canonico)*, in *Enciclopedia giuridica*, 14; G. DALLA TORRE, *Diritto alla vita e diritto dei minori nell'ordinamento canonico*, in AA.VV., *La tutela della famiglia e dei minori nel Codice di diritto canonico*, Città del Vaticano, 2000, 71-73.

<sup>77</sup> A differenza della filiazione illegittima, il fondamento dell'assunzione dello *status* di genitori legittimi è da ricondurre alla stessa radice del matrimonio. Significativo è il rilievo che il codice riconduce i diritti e i doveri dei genitori agli effetti del matrimonio (can. 1136 CIC inserito nel capitolo VIII *De matrimonii effectibus*). Inoltre, proprio all'esistenza delle giuste nozze si fa riferimento per dedurre la presunzione legale in merito all'assunzione della paternità (can. 1138).

<sup>78</sup> «*Non enim intendit natura solum generationem prolis, sed traductionem et promotionem usque ad perfectum statum hominis in quantum homo est, qui est status virtutis*» (TOMMASO D'AQUINO, IV Sent., d. 26, q. 1, a. 1).

<sup>79</sup> *Lumen gentium*, 11; *Gaudium et spes*, 48; *Gravissimum educationis*, 1 e 3; *Familiaris consortio*, 36-39. Per un commento al magistero si veda L. MACARIO, *L'educazione dei figli nella prospettiva pedagogica della Chiesa*, in AA.VV., *La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa*, 249-275.

dedizione affettiva, dialogo interpersonale e trasmissione di valori, non può non avere fonte e culla appropriate nella comunione stabile dei genitori, uniti dal vincolo nuziale<sup>80</sup>. La responsabilità di educare i figli, poi, dato che si fonda sulla trasmissione della vita, costituisce in capo ai genitori un diritto-dovere assoluto, primario e insostituibile<sup>81</sup>, ma nei coniugi cristiani riceve una "nuova e specifica sorgente" nel sacramento del matrimonio, così da estendere il proprio contenuto essenziale all'iniziazione e alla formazione nella fede cristiana, divenendo una vera e propria missione ecclesiale di edificazione della chiesa domestica<sup>82</sup>.

La normativa vigente riflette in vari canoni i principi del magistero in merito al ruolo educativo dei genitori, pur senza dedicare al tema una trattazione sistematica<sup>83</sup>. Nei codici si trovano in particolare alcune precisazioni emblematiche sulla natura di questa funzione. Risulta anzitutto sottolineata la connessione intrinseca con il matrimonio, dato che l'assunzione dei compiti di cura della prole viene indicata tra gli effetti del consorzio coniugale<sup>84</sup>. Delle situazioni giuridiche che hanno per oggetto i compiti educativi dei genitori si accentua la forza vincolante e il carattere assoluto, poiché sono qualificate come "dovere gravissimo" e "diritto primario"<sup>85</sup>. Gli obiettivi cui deve tendere la formazione dei figli sono intesi in senso estensivo e integrale, in modo da comprendere tutte le dimensioni della persona: fisica, sociale, culturale, morale e religiosa<sup>86</sup>. Proprio alla prospettiva religiosa, e specificamente all'educazione nella fede cristiana, sono dedicate la gran parte delle prescrizioni, dirette a rimarcare la serietà dell'impegno che grava sui fedeli-genitori, quale *munus* specifico<sup>87</sup>, e a tutelarne l'adempimento con misure cautelari<sup>88</sup> e persino con sanzioni penali<sup>89</sup>.

Nonostante l'importanza riconosciuta dai codici all'educazione completa della persona e gli obblighi precisi imposti ai genitori, l'interpretazione che risale alla dottri-

<sup>80</sup> *Familiaris consortio*, 28 e 36. Il collegamento della funzione educativa con il matrimonio viene illustrato anche sotto il profilo della simbologia teologica da E.W. VOLONTÉ, *L'educazione dei figli come fine del matrimonio nel magistero del Concilio Vaticano II*, in *Anthropotes*, 13 (1997), 419-431.

<sup>81</sup> *Familiaris consortio*, 36.

<sup>82</sup> *Familiaris consortio*, 38.

<sup>83</sup> Per un commento dei canoni in materia si vedano F. PETRONCELLI HÜBLER, *Diritti e doveri della famiglia nell'educazione cristiana*, in *Monitor ecclesiasticus*, 112 (1987), 101-111; M.E. CASELLATI ALBERTI, *Fonti del diritto di famiglia nel nuovo codice di diritto canonico, con particolare riferimento all'educazione dei figli*, in AA.VV., *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, a cura di S. GHERRO, Padova, 1988, 151-171; P.A. BONNET, *La ministerialità dei laici genitori*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2 (1989), 341-362; G. EISENRING, *Il diritto del minore all'educazione cristiana nella Chiesa*, in *Fidelium iura*, 2 (1992), 85-109; G. DALLA TORRE, *Diritto alla vita e diritto dei minori*, 72; P. PICOZZA, *L'esclusione dell'obbligo dell'educazione della prole*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, 277-291.

<sup>84</sup> Can. 1136 CIC, inserito nel capitolo VIII, *De matrimonii effectibus*.

<sup>85</sup> Can. 1136; 226, § 2 CIC.

<sup>86</sup> Can. 1136, 795 CIC. In quest'ultimo canone si trova la definizione di educazione come «*integratio personae humanae formationem, spectantem ad finem eius ultimum et simul ad bonum commune societatum*».

<sup>87</sup> Can. 226, § 2; 774, § 2; 793; 867, § 1; 890; 914 CIC.

<sup>88</sup> Can. 1125, 1086, § 2 CIC (promesse cui è tenuto il coniuge cattolico nei matrimoni misti o con disparità di culto).

<sup>89</sup> Can. 1366 CIC, ove si prevede la punizione con censura o giusta pena per i genitori che fanno battezzare o educare i figli in una religione acattolica.

na tradizionale tende a restringere il contenuto dei diritti-doveri degli sposi inerenti alle responsabilità procreative e a non considerarli interamente rilevanti in ordine all'oggetto essenziale del patto coniugale. L'orientamento prevalente della dottrina e quello comune della giurisprudenza<sup>90</sup> continuano infatti a seguire l'indirizzo consolidato sotto la precedente normativa e fanno rientrare nella struttura essenziale del matrimonio solo gli elementi dell'orientamento procreativo che attengono alla sua indole naturale, vale a dire il c.d. *bonum physicum prolis*, e questo pure inteso negli aspetti minimali: come conservazione in vita e iniziazione basilare alla vita umana<sup>91</sup>. L'educazione ulteriore, soprattutto in materia religiosa, il c.d. *bonum spirituale*, non è considerata una componente essenziale delle responsabilità procreative, perché non è uguale nei matrimoni di diversi ambiti culturali e quindi non può che essere una dimensione particolare, relativa a determinate impostazioni ideologiche, ma comunque un aspetto marginale e accessorio che non fa parte integrante dell'oggetto formale del patto coniugale<sup>92</sup>.

Contro questa visione restrittiva dei compiti di cura della prole, una parte della dottrina ritiene, al contrario, che non possa sorgere un valido matrimonio se i coniugi escludono o sono incapaci di trasmettere alla prole un'educazione ai più alti valori dello spirito. Data l'importanza della formazione religiosa e morale per la maturazione completa della persona, alcuni sostengono che l'educazione agli ideali etici e alla dimensione soprannaturale, non necessariamente conforme ai dettami della dottrina cristiana, sia comunque essenziale alla struttura naturale del matrimonio<sup>93</sup>. Altri, più specificamente, affermano che nel matrimonio sacramento il carattere primario e insostituibile dei diritti-doveri dei genitori in ordine all'educazione cristiana della prole renda necessario far rientrare nel contenuto indisponibile del consorzio coniugale non solo l'educazione generalmente religiosa ma propriamente l'iniziazione alla fede cattolica<sup>94</sup>.

Una considerazione più ampia delle responsabilità educative dei genitori sembra maggiormente consona sia al rilievo pedagogico, che richiede una formazione com-

<sup>90</sup> Si vedano le sintesi di dottrina e di giurisprudenza, per lo più antecedente alla nuova legislazione, riportate da A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, 166-169 e P. BIANCHI, *L'esclusione della prole*, 126-127. Dopo il vigente codice, la teorica tradizionale è riferita dalla *Caracen. c.* Stankiewicz, 20 aprile 1989, in *RR Decisiones*, (1989), 287, n. 12. In dottrina continuano a considerare l'obbligo dell'educazione morale e religiosa estraneo al contenuto essenziale del consenso: M.E. CASELLATI ALBERTI, *Fonti del diritto di famiglia*, 164-165; A. MOSTAZA RODRIGUEZ, *La exclusión del «bonum prolis» y del «bonum fidei»*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal para profesionales del foro*, 9 (1990), 341; P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, 147; E. VITALI-S. BERLINGO, *Il matrimonio canonico*, 86.

<sup>91</sup> Erano ritenute idonee a rendere nullo il consenso solo le condizioni che pregiudicavano i beni primari della vita o dell'integrità fisica della prole: «*... hanc conditionem, si prolem neces, aut mutiles eam mancam reddas, aut oculos eruas, esse contrariam bono prolis, atque ita vitare matrimonium*» (T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, lib. 5, disp. 9, n. 12).

<sup>92</sup> Secondo la concezione comune più risalente, le condizioni di educare la prole «*in infidelitate*» o «*in haeresi vel in aliis delictis*» non sono in contrasto con la sostanza del matrimonio e quindi non determinano l'invalidità del connubio. Cfr. in giurisprudenza *Caracen. c.* Stankiewicz, 20 aprile 1989, 287, n. 12. In dottrina: A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione*, 170-172; P. MONETA, *Il matrimonio*, 148-149.

<sup>93</sup> P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale: tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità (cc. 1095-1107 CIC)*, Milano, 2001, 382-383; P. PICOZZA, *L'esclusione dell'obbligo dell'educazione della prole*, 281-282.

<sup>94</sup> P.A. BONNET, *L'ordinatio ad bonum prolis*, 327; ID., *Essenza, proprietà essenziali, fini e sacramentalità*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, I, Città del Vaticano, 2002, 121; S. GHERRO, *Conside-*

pleta anche sotto l'aspetto spirituale per la crescita armonica della persona, sia alle sottolineature del magistero che insistono sulla gravità dell'impegno dei genitori all'educazione religiosa dei figli. Per i coniugi consacrati dal sacramento nuziale, peraltro, l'obbligo dell'educazione non può fermarsi a una sorta di religiosità naturale o addirittura all'iniziazione a una fede diversa da quella cattolica, ma deve riguardare precisamente la formazione alla fede della Chiesa cattolica. A provocare l'invalidità del matrimonio, nondimeno, non basta una semplice negligenza o l'esito fallimentare dell'impegno dei genitori, ma occorre che al momento del consenso nuziale uno o entrambi i coniugi abbiano formulato un rifiuto positivo del diritto-dovere all'educazione religiosa della prole ovvero siano afflitti da una condizione patologica che li renda incapaci per cause di natura psichica ad adempiere a questo compito<sup>95</sup>.

Alla base della tesi che nega rilevanza all'obbligo dell'educazione religiosa, invece, si riscontra l'equivoco di voler livellare sulla struttura naturale del matrimonio anche lo *status* dei coniugi consacrati dal sacramento nuziale e quindi di non attribuire rilevanza a situazioni giuridiche che trovano sorgente specifica nel conferimento della grazia santificante. In realtà, le responsabilità che insorgono negli sposi in virtù dell'elevazione soprannaturale del patto nuziale, qualora attengano alla struttura fondamentale del rapporto coniugale assunto al simbolo dell'alleanza tra Cristo e la Chiesa, sono da considerare altrettanto essenziali di quelle proprie alla sua indole naturale, anche se riguardano i soli vincoli tra battezzati<sup>96</sup>. In ordine all'educazione dei figli, del resto, sono la stessa normativa e l'insegnamento magisteriale che giustificano e anzi impongono di valutare diversamente i compiti dei genitori uniti dal matrimonio-sacramento, rispetto a quelli uniti da matrimonio solo legittimo<sup>97</sup>. Considerati i caratteri di assolutezza e di indefettibilità con cui viene definito il diritto-dovere alla formazione cristiana della prole da parte dei coniugi cattolici, non si può dubitare che tale missione rientri nel nucleo sostanziale della loro vocazione *ad aedificationem populi Dei per matrimonium et familiam*<sup>98</sup>.

A sostegno del rapporto di inerenza tra matrimonio-sacramento e formazione religiosa della prole si può rilevare come il fondamento di questo "*officium peculiare*" non è da ravvisare, come sostiene parte della dottrina, nell'amministrazione concreta del battesimo alla prole<sup>99</sup>, dato che ancora prima di questo momento i genitori sono tenuti, con obbligo sanzionato penalmente, a introdurre i figli all'iniziazione cristiana<sup>100</sup>.

razioni sul tema dei «Fini del matrimonio», in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona, 2000, 318; P. PICOZZA, *L'esclusione dell'obbligo dell'educazione della prole*, 283-291.

<sup>95</sup> P.J. VILADRICH (*Il consenso matrimoniale*, 383) ipotizza anche il caso di chi rifiuti la partecipazione congiunta dei coniugi alle responsabilità educative e si riservi il diritto di gestirle autonomamente.

<sup>96</sup> L'estensione dei diritti-doveri coniugali potrebbe considerarsi una conseguenza della peculiarità del matrimonio elevato a sacramento di cui si trova già espressione nella *maior firmitas* (can. 1056).

<sup>97</sup> Cfr. *supra*.

<sup>98</sup> Can. 226, § 1.

<sup>99</sup> Così sostiene A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione*, 172-173.

<sup>100</sup> Can. 1366 CIC. Il can. 774, § 2, relativo all'obbligo di formare con la parola e con l'esempio i figli, viene a rafforzare l'obbligo prioritario di battezzare i figli e a integrarlo con adempimenti specifici che seguono l'amministrazione del battesimo.

Per i genitori uniti dal vincolo sacramentale<sup>101</sup>, quindi, la fonte dell'obbligo è da ravvisare a partire dalla stessa consacrazione sponsale con cui i coniugi costituiscono la famiglia a immagine e partecipazione dell'amore divino, e quindi assumono l'impegno di tendere non solo a raggiungere la "propria perfezione e la mutua santificazione", ma anche a guidare i figli "sulla via della santità"<sup>102</sup>.

L'impegno a educare i figli nella propria religione vale per tutti i genitori cattolici, pure nelle ipotesi di matrimoni misti. Anche per le unioni tra persone di diversa confessione, si prevede che i coniugi siano istruiti e accolgano nella integralità i fini del matrimonio, non esclusa la dimensione coesenziale dell'educazione, sia materiale che spirituale<sup>103</sup>. Data peraltro la differente appartenenza religiosa, il nuovo spirito di apertura ecumenica che anima la legislazione successiva al Concilio Vaticano II consente modalità peculiari di attuazione di quest'impegno fondamentale. Infatti, nonostante le promesse, cui è tenuta la sola parte cattolica, di fare quanto è in suo potere per battezzare i figli nella chiesa cattolica, si consente ai coniugi di scegliere di iniziare la prole a un'altra fede cristiana. Questa deroga all'obbligo dell'educazione cattolica non implica, tuttavia, l'irrelevanza dell'educazione religiosa<sup>104</sup>, ma significa, al contrario, che viene riconosciuta in materia la precisa responsabilità dei coniugi, cui spetta decidere, di comune accordo, in quale fede educare i figli.

### 3.4 Il rapporto tra *bonum coniugum* e *bonum prolis*

Una delle novità più notevoli della legislazione giovanneo-paolina, messa in evidenza dall'intera dottrina, consiste nella rivalutazione della dimensione personale del rapporto coniugale e nella formalizzazione dell'esistenza di un fine specifico ed essenziale del matrimonio, che riguarda appunto l'arricchimento degli sposi. I codici, nel ricordare l'ordinazione del consorzio nuziale ai due beni complementari *coniugum* e *prolis*, in conformità all'insegnamento del Concilio Vaticano II, non riportano alcuna scala di importanza delle finalità e le elencano seguendo piuttosto l'ordine naturale di progressione della tensione amorosa: dal bene per il proprio sposo verso l'apertura alla prole<sup>105</sup>. Ovvero, secondo un'altra impostazione, partendo dal fine immediato del matrimonio, che è il bene dei coniugi, per arrivare al fine mediato e ultimo, che è la procreazione dei figli, in quanto la generazione di nuove vite si attua solo all'interno della comunità coniugale e qualifica lo stesso rapporto tra gli sposi nella sua ordinazione più specifica<sup>106</sup>. Tra i due scopi del matrimonio non sussiste quindi alcuna subordinazione, ma si trovano sullo stesso livello di valore. I rapporti reciproci possono essere definiti propriamente in termini di complementarietà e di inscindibile connessione<sup>107</sup>, cosicché

<sup>101</sup> Per i genitori non sposati, invece, l'obbligo risale al loro battesimo.

<sup>102</sup> *Gaudium et spes*, 48.

<sup>103</sup> Can. 1125, 3° CIC.

<sup>104</sup> In questo senso, invece, viene intesa da A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione*, 173-174.

<sup>105</sup> J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, 70; P. PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel codice di diritto canonico latino*, Torino, 1998, 57.

<sup>106</sup> J. HERVADA, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona, 2000, 768-769.

<sup>107</sup> P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, 30; P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, 365-366; J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, 73; A. STANKIEWICZ, *La prole come finalità*,



si può dire che l'attuazione dell'uno richieda modalità tali da presupporre l'attuazione anche dell'altro<sup>108</sup>.

L'onda dell'entusiasmo per la promozione del fine personalistico del matrimonio, tuttavia, induce talvolta ad attribuire prevalenza al *bonum coniugum* rispetto al bene della procreazione ed educazione della prole, quasi che l'intesa e il perfezionamento reciproco tra i nubenti vengano a esaurire la totalità della funzione del matrimonio. Il sopravvento di un fine sull'altro, pur non dichiarato espressamente<sup>109</sup>, trapela come una conseguenza implicita di determinate interpretazioni applicative della normativa. Si pensi alla prassi della giurisprudenza che in merito ai vizi del consenso per cause di natura psichica valuta la capacità di contrarre il matrimonio pressoché esclusivamente in rapporto ai diritti e agli obblighi essenziali dei coniugi tra di loro e non ai diritti e agli obblighi nei confronti dei figli<sup>110</sup>. E ancora, si può fare riferimento alla tesi che propone di adottare una considerazione unitaria delle due dimensioni complementari del dono sponsale, in modo da poter ritenere ugualmente valida l'unione coniugale, pure quando manchino i presupposti per la realizzazione del *bonum prolis*, se comunque il consorzio si accompagni a modalità tali di dedizione ad altre persone che facciano egualmente salva la natura oblativa del patto d'amore nuziale<sup>111</sup>.

La prospettiva che assorbe l'orientamento procreativo del matrimonio nel bene personale dei coniugi o in altre finalità di promozione sociale che rendano comunque fruttuoso il rapporto, in realtà, viene a negare la caratterizzazione tipica del matrimonio, quale unione di due persone di sesso diverso, destinata a diventare cellula di propagazione del genere umano. La fecondità dell'amore coniugale, infatti, non consiste in una disponibilità generica e indistinta a prodigarsi per gli altri, ma nella fecondità

26. In giurisprudenza si veda la *decisio Mediolanen. c. Burke*, 19 ottobre 1995: «*Quoad relationem inter hos duos fines institutionales matrimonii, oportet potius ut eorum harmonia, connexio ac intima interdependentia in luce ponantur*» *RR Decisiones*, (1995), (559, n. 5).

<sup>108</sup> «Il bene coniugale apporta il modo matrimoniale di orientarsi alla procreazione ed educazione dei figli e quest'ultima apporta al bene coniugale una apertura ad una fecondità oggettiva – i figli – come opera comune che si manifesta generando un ambito convivenziale molto specifico tra genitori e figli, cioè la cosiddetta comunità familiare» (P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, 366).

<sup>109</sup> Pare invece suggerire *apertis verbis* una sorta di superiorità del *bonum coniugum* la sentenza *Romana, c. Pinto*, 11 ottobre 1996, in *RR Decisiones*, (1996), 624, n. 4.

<sup>110</sup> Si veda l'analisi della giurisprudenza svolta da G.P. MONTINI, *Prole e can. 1095 n. 3 del C.I.C.*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, 78-82. L'esame delle poche sentenze in materia evidenzia come i comportamenti diseducativi o addirittura gravemente pregiudizievoli per la salute fisica e mentale dei figli sono valutati dalla giurisprudenza preferibilmente sotto il profilo della incapacità o della violazione degli obblighi interpersonali tra coniugi. Significativa della scarsa considerazione del *bonum prolis* nella giurisprudenza è la riconduzione dell'incesto o di altre molestie sessuali nei confronti della figlia a fattispecie di incapacità di osservare il *bonum fidei* verso la moglie (si veda tra le più recenti la sentenza *Vindobonen., c. Huber*, 26 luglio 1996, in *RR Decisiones*, (1996), 572, n. 14).

<sup>111</sup> Tesi avanzata da P. MONETA, *Il bonum prolis*, 93-97. L'autore sostiene che si debba promuovere una impostazione unitaria delle due componenti unitiva e procreativa del matrimonio, vale a dire il *bonum coniugum* e il *bonum prolis*, che non sarebbero così da considerare due finalità distinte, ma un'unica finalità. Di conseguenza, secondo questa linea di pensiero, «l'esclusione della generazione della prole non costituisce di per sé sola esclusione di un "matrimonii essenziale aliquod elementum" se non si accompagna a modalità tali da produrre un'alterazione del dono sponsale considerato nella sua unitarietà di significati e quindi anche nella sua dimensione più strettamente interpersonale» (*op. cit.*, 94).

specificata di dare la vita a nuove creature. Un accordo tra coniugi che escluda *a priori* la nascita dei figli propri della coppia per dedicarsi ad altri compiti, anche lodevoli, quali opere meritorie o persino l'allevamento di altri bambini, non conduce alla costituzione di un matrimonio autentico, ma a una società di natura diversa.

A ben vedere, la tendenza a dare maggiore rilevanza alla dimensione del rapporto reciproco tra i coniugi rappresenta un cedimento verso la mentalità odierna, rispecchiata dalla legislazione civile, che considera la comunione spirituale e materiale tra gli sposi l'unico aspetto essenziale del matrimonio. Non si può a questo proposito non rilevare l'ambiguità sottesa al richiamo di un imprecisato "personalismo" per proporre una lettura più attenta alle esigenze dei protagonisti del consorzio nuziale. Se la visione non è sorretta da una corretta antropologia cristiana, anziché promuovere effettivamente la dignità delle persone che compongono la famiglia, rischia al contrario di tradursi in interpretazioni distorsive, improntate a un criterio individualistico-libertario che è contrario alla logica del dono e della responsabilità, propria del matrimonio<sup>112</sup>.

### 3.5 La procreazione responsabile

L'uso dell'aggettivo "responsabile" in riferimento alla procreazione sembrerebbe pleonastico<sup>113</sup>, dato che la procreazione umana, in quanto conforme alla dignità della persona, non può non essere responsabile in tutte le sue fasi. L'espressione si ritrova in realtà nel magistero relativamente più recente<sup>114</sup> ed è da ricondurre alla crescente complessità dei problemi che sono connessi alla nascita dei figli nell'odierna società del benessere. Con questa locuzione si vuole intendere l'uso cosciente e ponderato delle facoltà procreative che gli sposi devono tenere per adempiere alla loro missione precipua di "speciale partecipazione all'opera creatrice"<sup>115</sup>. Tale compito presenta pertanto una duplice valenza, poiché, se la pianificazione della prole costituisce oggetto di un diritto esclusivo dei coniugi e quindi viene rimesso al loro concreto giudizio, la generazione di nuovi esseri umani rappresenta al tempo stesso una funzione doverosa che non può essere esercitata arbitrariamente, ma richiede di conformarsi al progetto divino, di cui i genitori, con retta coscienza, sono cooperatori e fedeli interpreti<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> G. LO CASTRO, *Famiglia e matrimonio*, 37-40.

<sup>113</sup> J.M. SERRANO RUIZ, *L'esclusione della prole e la sua assolutezza. Il problema della paternità responsabile*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, 157.

<sup>114</sup> PIO XI, *Casti connubii*, in A.A.S., 22 (1930), 599 ss.; PIO XII, *Allocutio iis quae interfuerunt Conventui Societatis Catholicae Italicae inter Obstetrices*, 29 ottobre 1951, in A.A.S., 43 (1951), 844-846; CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et spes*, nn. 50-51; PAOLO VI, *Humanae vitae*, 25 luglio 1968, in A.A.S., 60 (1968), 481-503; GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, in A.A.S., 74 (1982), 114-126, nn. 28-35; ID., *Catechesi sull'amore umano*, 5 settembre 1979-28 novembre 1984; ID., *Discorso a un seminario di studio sulla procreazione responsabile*, 17 settembre 1983.

<sup>115</sup> *Gaudium et spes*, 50. Nella *Humanae vitae* (n.10) si trova la seguente definizione di paternità responsabile: «In rapporto ai processi biologici, paternità responsabile significa conoscenza e rispetto delle loro funzioni: l'intelligenza scopre, nel potere di dare la vita, leggi biologiche che fanno parte della persona umana. In rapporto alle tendenze dell'istinto e delle passioni, la paternità responsabile significa il necessario dominio che la ragione e la volontà devono esercitare su di esse».

<sup>116</sup> Il carattere di diritto inalienabile da esercitarsi nel rispetto di un ordine oggettivo viene enunciato anche dalla *Carta dei diritti della famiglia*, art. 3: «Gli sposi hanno il diritto inalienabile di formare una fa-



Mentre in passato la consapevolezza della sacralità della vita portava gli sposi a cercare e accogliere la nascita dei figli come un dono indiscutibile, oggi, invece, con l'avvento di tecniche sempre più perfezionate di controllo della generazione, da un lato, e con l'elevazione dei criteri di qualità della vita, dall'altro, il figlio viene sempre più spesso programmato in rapporto alle aspettative, ai bisogni e alle condizioni della coppia. Di fatto, nella mentalità diffusa, la nozione di procreazione responsabile finisce con l'identificarsi con la contraccezione e con la limitazione delle nascite, vale a dire con una fuga dalla procreazione<sup>117</sup>.

Non è certo questo il senso delle riflessioni del magistero. Nei documenti pontifici si riconosce indubbiamente la facoltà dei coniugi di pianificare il concepimento dei figli, ma nel rispetto di precise condizioni e di regole oggettive<sup>118</sup>. La decisione sul numero e sulla cadenza delle nascite deve essere anzitutto assunta in accordo tra entrambi gli sposi. Una eventuale procrastinazione o una riduzione della prole bisogna che siano formulate in rettitudine di coscienza, per ragioni adeguatamente gravi, considerando il bene di tutti i soggetti coinvolti, tanto quelli già nati che quelli nascituri, e tenendo comunque conto della scala di valori familiari, sociali ed ecclesiali<sup>119</sup>. L'esecuzione della progettata regolazione della natalità può essere poi lecitamente attuata solo con metodi e tecniche che salvaguardino la verità dell'atto coniugale e non vengano a scindere il significato unitivo da quello procreativo<sup>120</sup>. Lo spirito autentico sotteso a questi pronunciamenti non è quindi di consentire una restrizione indiscriminata delle nascite, ma, al contrario, di promuovere un impegno maggiore dei genitori nel compito di donare la vita, con generosità, sacrificio e persino eroismo, sia nel senso di limitare per giusti motivi la procreazione, sia soprattutto nel senso di "far crescere una famiglia numerosa"<sup>121</sup>.

Sotto il profilo giuridico, il principio di procreazione responsabile può far sorgere precisi problemi in merito alla validità del consenso nuziale, quando i nubenti si prospettino, fin dal momento della celebrazione del matrimonio, non già di distanziare nel tempo o di limitare nel numero la prole, ma di escluderla del tutto. In proposito la dottrina della Chiesa insegna che in presenza di seri motivi la decisione di non procreare

miglia e decidere l'intervallo tra le nascite e il numero dei figli, tenendo conto i doveri nei confronti di se stessi, dei figli già avuti, della famiglia e della società, all'interno di una giusta gerarchia di valori e in accordo con l'ordine morale oggettivo che esclude il ricorso alla contraccezione, alla sterilizzazione e all'aborto.

<sup>117</sup> G. MURARO, *Procreazione responsabile*, 1008.

<sup>118</sup> Per un commento agli orientamenti del magistero si veda L. CICCONE, *Etica sessuale. Persona, matrimonio, vita verginale*, Milano, 2004, 293-329. Per una lettura dal punto di vista del diritto canonico: G. RICCIARDI, *Procreazione responsabile ed esclusione del «bonum prolis»*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1990, 177-180.

<sup>119</sup> *Gaudium et spes*, 50.

<sup>120</sup> Si fa riferimento ai metodi naturali di continenza periodica: «La Chiesa è coerente con se stessa quando ritiene lecito il ricorso ai periodi infecundi, mentre condanna come sempre illecito l'uso dei mezzi direttamente contrari alla fecondazione, ... In realtà, tra i due casi esiste una differenza essenziale: nel primo caso i coniugi usufruiscono legittimamente di una disposizione naturale; nell'altro caso essi impediscono lo svolgimento dei processi naturali» (*Humanae vitae*, n. 16).

<sup>121</sup> *Humanae vitae*, n. 10. La generosità nel donare la vita viene sollecitata anche dal documento pastorale della CEI, *Evangelizzazione e cultura della vita umana*, 8 dicembre 1989, n. 32.

può riguardare «l'intera durata del matrimonio»<sup>122</sup> e che tale scelta «è lecita e potrebbe persino essere doverosa»<sup>123</sup>. L'orientamento prevalente della giurisprudenza rotale, tuttavia, ritiene che le facoltà riconosciute ai coniugi in ordine alla procreazione responsabile riguardino l'ambito della morale, non del diritto, e la loro rilevanza sia da confinare all'esercizio degli atti coniugali nel corso del *matrimonium in facto esse*, non nella progettazione del *matrimonium in fieri*<sup>124</sup>. Se il proposito di non avere figli risale all'atto delle nozze, pertanto, il ricorso a motivazioni di procreazione responsabile non vale come causa scriminante o giustificativa, e si applicano le regole comuni alle fattispecie di simulazione parziale del consenso *ob exclusum bonum prolis*<sup>125</sup>.

Sembra nondimeno alquanto contraddittorio riconoscere agli sposi la competenza, anzi il dovere, di regolare la nascita dei figli e poi non attribuire valore alcuno alla decisione da loro assunta coscienzosamente al momento di costituire la famiglia. Come rileva giustamente una sentenza *coram* Serrano, per essere veramente responsabile la pianificazione della procreazione non può che essere fatta prima della celebrazione del matrimonio<sup>126</sup>. Di conseguenza, bisogna ritenere che le ragioni di procreazione responsabile, qualora abbiano fondamento reale e siano assunte scientemente dai nubenti, possano avere rilievo al fine di valutare il corretto orientamento del consenso matrimoniale. Sono però da definire alcune questioni fondamentali. È necessario infatti precisare quali motivi possano giustificare la scelta di non avere figli e in che modo questa decisione possa risultare conciliabile con l'ordinazione essenziale del matrimonio alla procreazione.

<sup>122</sup> Pio XII, *Allocutio cit.*, 29 ottobre 1951; PAOLO VI, *Humanae vitae*, n. 10.

<sup>123</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione*, 17 luglio 1994, in *L'Osservatore Romano*, 18-19 luglio 1994, 5.

<sup>124</sup> Il tema della procreazione responsabile risulta in realtà ancora poco approfondito dalla giurisprudenza (P. BIANCHI, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza*, 125). L'orientamento comune riferito nel testo si ritrova nelle sentenze *Friburgen. - Rottenburgen. c. De Lanversin*, 27 giugno 1990, in *RR Decisiones*, (1990), 576, nn. 11-12; *Taurinen. c. Burke*, 15 dicembre 1994, *ivi*, (1994), 721, n.11; *Bononien., c. Civili*, 18 dicembre 1995, *ivi*, (1995), 699, n. 15.

<sup>125</sup> Com'è noto, si distingue tra *exclusio iuris* o *exclusio exercitii iuris*: mentre il diritto alla procreazione, essendo perpetuo, permanente, ininterrotto e non intermittente, non può subire alcuna limitazione, invece il programma di abusare di un diritto, pur teoricamente concesso all'altra parte, è ritenuto compatibile con un valido consenso matrimoniale. Una esclusione assoluta e perpetua della prole è considerata un indice di presunzione di una esclusione dello stesso diritto (si vedano le massime raccolte da P. BIANCHI, *L'esclusione della prole*, 113-125). Sussiste peraltro un dibattito, soprattutto in dottrina, in merito all'opportunità di conservare la distinzione tradizionale tra esclusione del diritto o esclusione dell'esercizio per valutare la validità del progetto nuziale. Le critiche riguardano tanto il profilo logico dell'impossibilità di ricondurre la distinzione al momento del *matrimonium in fieri*, riguardando più propriamente il *matrimonium in facto esse* (da ultimo si veda R.M. SABLE, *Tradere et accipere: de mutuo consensu circa ius ad prolem in causis matrimonialibus*, in *Periodica de re canonica*, 84 (1995), 757-778), tanto il profilo antropologico dell'inadeguatezza del criterio con la nuova impostazione del consenso matrimoniale come dono di sé (P. MONETA, *Il bonum prolis*, 91-92). Anche nella giurisprudenza sono state avanzate delle difficoltà nell'uso della distinzione, sotto i profili sia di impossibilità concettuale («*Fieri igitur non potest ut ipse simultanea voluntate velit sese obligare ad illam praestationem et eandem recusare*» *Bononien. c. Civili*, 18 dicembre 1995, 698, n. 12), sia di irrealtà psicologica («*Etenim, coniuges saepissime non distinguunt inter voluntatem sese non obligandi et non implendi susceptam obligationem*» *Friburgen. c. Huber*, 20 dicembre 1995, 750, n. 8).

<sup>126</sup> «*Nec dicatur quod "procreatio responsabilis" officium sit post matrimonium cogens nec ante matrimonium conferens gravitatem peculiarem intentioni nubentium. Nam praeterquam caetera quoque officia coniugalia ... post coniugium urgent, sed ante nuptias intendi debent*» (*Sancti Ioannis Portoricens., c. Serrano*, 14 novembre 1997, in *RR Decisiones*, 806, n. 4).

Dato che l'apertura alla fecondità risulta una funzione indisponibile e non surrogabile con alcun'altra dedizione alternativa<sup>127</sup>, le cause che possono indurre a precludere la generazione di nuove vite non devono riguardare fattori esterni al processo procreativo ma devono attenere alla considerazione intrinseca del bene della prole. D'altro canto, bisogna che siano così gravi da legittimare oggettivamente, per sé, la scelta di non avere figli, a prescindere dalle inclinazioni personali o dalle valutazioni soggettive degli sposi. Deve trattarsi cioè di casi in cui il bene stesso dei nascituri non consente una soluzione diversa che sia egualmente meritevole sotto il profilo etico e normalmente esigibile sotto il profilo umano<sup>128</sup>. Le sole ipotesi che in definitiva paiono corrispondere ai predetti requisiti sono quelle veramente eccezionali in cui, per il concorrere di particolari circostanze, sussista il pericolo altamente probabile e ordinariamente non evitabile di trasmettere alla prole malattie o malformazioni congenite che comportano un grave pregiudizio per la vita o la salute dei nuovi nati<sup>129</sup>. In presenza di queste condizioni sussiste non solo una mera facoltà dei coniugi di astenersi dal procreare, ma una vera e propria esenzione dall'obbligo di compiere atti sessuali fecondi, anche per l'intera durata del matrimonio<sup>130</sup>.

Nei casi più seri, parte della dottrina prospetta persino l'esistenza di un dovere morale di evitare il concepimento, come attività che arreca un danno alla prole e quindi gravemente illecita<sup>131</sup>. In realtà è necessario considerare che l'azione procreativa

<sup>127</sup> Si veda quanto detto *supra* in merito al rapporto tra *bonum prolis* e *bonum coniugum* (3.4.).

<sup>128</sup> La scelta di non sposarsi, indicata da G. RICCIARDI (*Procreazione responsabile*, 181) come unica alternativa coerente al rischio di contrarre un matrimonio invalido, non si può imporre indistintamente. Richiede infatti delle virtù di eroismo che non sono comuni a tutti e comunque, in determinate condizioni, può anche non essere giusta. In proposito si ricorda come la tradizione risalente fosse concorde nel sostenere che nell'ipotesi dei malati di *morbum leprae*, benché fosse auspicabile che non si sposassero per il pericolo di contagio all'altra parte o alla prole (come allora si credeva), tuttavia, se per loro fosse difficile conservare la continenza, potevano legittimamente sposarsi (GRAZIANO, C. 32, q. 7, c. 18; X, 4, 8, 1).

<sup>129</sup> Si possono richiamare le ipotesi di coloro che sono portatori sani di patologie gravi geneticamente trasmissibili o di persone affette da un'infezione con esito mortale, quale l'HIV o AIDS, trasmissibile dalla madre al figlio durante la gravidanza o il travaglio della nascita. Su queste fattispecie si vedano: S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche preliminari su matrimonio e AIDS*, in AA.VV., *Matrimonio canonico e AIDS*, a cura di S. GHERRO e G. ZUANAZZI, Torino, 1995, 5-18; M.F. POMPEDDA, *Problematiche di diritto canonico in relazione all'AIDS*, ivi, 49-72; G. COMOTTI, *Ordinatio ad prolem del matrimonio e scelta di non procreare: alcune riflessioni canonistiche in tema di procreazione responsabile*, ivi, 91-115; P. MONETA, *Il bonum prolis*, 96; G. BONI, *L'esclusione della prole e l'AIDS*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, 179-259.

<sup>130</sup> In questo senso si orientava anche la tradizione canonistica più risalente. In forma più rigorosa la decretale di Gregorio IX prevedeva, nel caso dei lebbrosi, l'obbligo per il coniuge sano di rendere il *debitum coniugale* senza alcuna eccezione (X, 4.8.2). L'opinione comune in dottrina, tuttavia, riteneva che in presenza del pericolo di contagio di una grave malattia per uno dei due sposi o per la prole, il coniuge sano non fosse tenuto ad adempiere il *debitum coniugale*, benché i rapporti sessuali non fossero vietati, soprattutto se motivati dal desiderio di consolidare l'unione e di evitare il rischio dell'incontinenza: «*Quamvis autem sanus coniux non teneatur leproso debitum reddere, cum periculo notabilis infectionis: at si non curans de propria infectione ex contagione leprae, aut morbi gallici, utatur matrimonio, cohabitareque cum illo, opus meritorium exercet, si ex amore matrimonii id efficiat*» (T. SANCHEZ, *De Sancto matrimonii sacramento disputationum*, l. IX, disp. 24, n. 23). Per una raccolta delle tesi in materia si veda H. FRANCESCHI, *AIDS e capacità matrimoniale: approccio storico al problema delle malattie infettive nel matrimonio*, in AA.VV., *Matrimonio canonico e AIDS*, 79-87.

<sup>131</sup> L'opinione più rigorosa era sostenuta soprattutto dai teologi moralisti, come A. M. DE'LAGUORI (*Theologia moralis*, t. III, 48-50), il quale distingueva tra diversi gradi di intensità del danno arrecabile al co-

dei coniugi non è tesa a provocare direttamente un male, e come tale da condannare, ma al contrario è finalizzata a generare una vita, come collaborazione all'opera del Creatore, tanto che questa vita è sempre un dono di Dio<sup>132</sup>. Il pregiudizio deriva semmai dal concorso di vari fattori che ricorrono nel patrimonio genetico dei genitori o nel processo di formazione del nascituro e che possono, ma neppure con certezza, indurre una patologia. Configurare in tali situazioni un divieto assoluto di procreare verrebbe a disconoscere la capacità dei coniugi di farsi interpreti del piano divino. Nonostante la gravità dei motivi che potrebbero giustificare l'esclusione dei figli, infatti, a loro soli spetta di valutare, in base alle circostanze concrete, se scegliere di non generare o se accogliere la nuova vita, accettando anche il rischio di una sua imperfezione.

Seguire sino alle conseguenze più estreme il ragionamento che fa derivare dal pericolo di una grave patologia nel figlio il dovere di astenersi da rapporti coniugali fecondi conduce addirittura a sostenere l'incapacità di contrarre matrimonio per quanti sono portatori di anomalie congenite, in quanto sarebbero impossibilitati ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura morale<sup>133</sup>. Contro una conclusione così esasperata si possono richiamare molteplici argomenti. Sussiste anzitutto il dato di diritto positivo, secondo il quale il vizio del consenso per incapacità ad assumere gli obblighi matrimoniali essenziali *ex can.* 1095, n. 3 si fonda esclusivamente su cause di natura psichica e, almeno per l'orientamento giurisprudenziale prevalente, deve avere carattere assoluto e non meramente relativo<sup>134</sup>. Neppure sotto il profilo degli

niuge sano e alla prole per le varie forme di infezione, e sosteneva che in presenza di un grave pericolo per la vita o la salute, non solo non sussisteva alcun obbligo di rendere il *debitum coniugale*, ma fosse persino proibito avere rapporti coniugali, se non in presenza di ragioni eccezionali. Ad esaminare peraltro i motivi che potrebbero rendere ugualmente leciti i rapporti sessuali, si nota come non siano per nulla straordinari: «*I. Si proles sit necessaria ad bonum commune. II. Si conjux infectus petens esset in probabili periculo incontinentiae. III. Si redderet ad vitanda magna dissidia, vel ad fovendum amorem conjugalem; et etiam ad vitandum periculum incontinentiae propriae*» (ivi, 49). La tesi che afferma la grave illecità morale dei rapporti sessuali in presenza del pericolo per la vita o la salute del coniuge o dei figli è affermata ancora da L. CICCONI, *Malati di AIDS o sieropositivi: problemi etici in ambito coniugale*, in AA.VV., *Matrimonio canonico e AIDS*, 39-42. Il dovere morale per il coniuge sano di astenersi dalle intimità coniugali può tuttavia subire delle eccezioni in presenza di ragioni adeguatamente gravi, quali il sostegno affettivo al coniuge malato.

<sup>132</sup> Lo stesso principio era affermato, con espressioni forse un po' brutali, dalla dottrina canonistica meno recente che riteneva lecita la generazione dei figli anche con il pericolo di trasmettere loro una grave malattia, come si riteneva che potesse succedere con la lebbra: «*Quia proli tantum abest, ut irrogetur iniuria, quin potius maxime afficiatur beneficio, consequitur enim vitam ex eo concubitu ac melius est leprosam existere, quam omnino non esse*» (T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, lib. 9, disp. 24, n. 25). Uguali affermazioni si trovano in F. SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum Universum*, IV, pars 3, tit. 8, 21.

<sup>133</sup> La tesi dell'incapacità è stata affermata nel caso di due sposi portatori sani della sindrome di Werdnig-Hoffmann da una sentenza del Tribunale ecclesiastico campano (*Neapolitana* c. Silvestri, del 30 marzo 1998), successivamente riformata su questo punto da un decreto del Tribunale d'appello del Vicariato, che confermava peraltro la nullità del matrimonio per gli altri capi di nullità (*Neapolitana*, c. Oder, del 23 marzo 1999, in *Il diritto ecclesiastico*, 111 (2000), II, 3-6). La fattispecie viene commentata da L. NOTARO (*Nullità matrimoniale da coniugio generatore di morte (Dissenso «teologico-giuridico» tra T.E.R. Campano e Vicariato di appello)*, in *Il diritto ecclesiastico*, 111 (2000), II, 7-16), che aderisce alla posizione del Tribunale campano e critica le obiezioni mosse da quello di appello.

<sup>134</sup> Su queste motivazioni si fondano le conclusioni in materia del Tribunale d'appello del Vicariato (*op. cit.*, 4-5). In realtà sono argomenti non strettamente decisivi, poiché sarebbe possibile un ampliamento

impedimenti che generano l'*inhabilitas ad nuptias* si potrebbe dare rilevanza a una simile situazione, poiché, essendo lo *ius connubii* un diritto costitutivo della persona fondato sull'ordine naturale, la capacità matrimoniale può essere ristretta solo nelle fattispecie previste espressamente<sup>135</sup> e senza incertezza<sup>136</sup>. A ben vedere, la condizione dei portatori di anomalie congenite deve essere fatta rientrare in quella di chi non può avere figli, eguale negli effetti tanto se sia dovuta a cause fisiche, quanto se dovuta a cause morali. Ma il fatto in sé di non riuscire a procreare, anche se causato da fattori costitutivi della persona dei coniugi e non solo da circostanze occasionali, è pienamente compatibile con una autentica realizzazione del consorzio coniugale<sup>137</sup>.

In realtà, al fondo di tutte le teorie che intravedono in queste situazioni una forma di incapacità a contrarre matrimonio si riscontra l'equivoco di far passare per impossibilità quella che invece è una scelta morale rimessa alla retta coscienza dei coniugi. Se gli sposi, prima delle nozze, vengono a conoscenza della possibilità di trasmettere ai figli una grave patologia, sono senz'altro tenuti a ponderare attentamente i motivi che si oppongono e quelli che al contrario incoraggiano il concepimento, ma una scelta a favore della procreazione non è necessariamente una scelta irresponsabile<sup>138</sup>.

Qualora i nubenti decidano di non avere figli, è necessario esaminare la compatibilità di questo progetto, destinato a protrarsi per l'intero corso della convivenza coniugale, con la finalità ideale del matrimonio orientata all'apertura alla vita. Invero, il fondamento dell'esclusione su ragioni di procreazione responsabile, che guardano al bene della prole stessa, impone di non attenersi a una applicazione troppo rigida della presunzione giurisprudenziale che equipara il diniego in perpetuo dell'esercizio degli atti fecondi con il rifiuto del diritto all'apertura alla prole insito nell'incontro sponsale<sup>139</sup>. Proprio nei casi di procreazione responsabile, in cui la limitazione della natalità non è dovuta a inclinazioni o valutazioni soggettive degli sposi, ma a ragioni oggettive

del dato positivo del can. 1095, n. 3, non solo con un intervento specifico del legislatore, ma anche per un'interpretazione dichiarativa della giurisprudenza che rilevi l'esistenza di una fattispecie di invalidità del matrimonio di diritto naturale. Prospetta l'estensione del capo di nullità a una incapacità per cause morali, M.F. POMPEDDA, *Problematiche di diritto canonico in relazione all'AIDS*, 71.

<sup>135</sup> Can. 1058 CIC.

<sup>136</sup> Can. 1061. Sussiste invece una obiettiva incertezza sull'esistenza di una norma morale che imponga di non procreare in queste ipotesi (G. COMOTTI, *Ordinatio ad prolem*, 111-112).

<sup>137</sup> La sterilità non contrasta infatti con la struttura essenziale del matrimonio.

<sup>138</sup> Al contrario, sulla scia della sentenza del Tribunale campano, L. NOTARO (*Nullità matrimoniale*, 15) sostiene che un'apertura alla procreazione di coloro che sono portatori di patologie genetiche «sia ... di per sé da considerarsi un atteggiamento contrario ai principi di paternità responsabile e chiaramente manifestativo di immaturità da parte degli stessi». In realtà l'immaturità non è insita nella scelta di accogliere la vita, che può essere il frutto di una decisione ponderata e sofferta degli sposi, ma può essere solo una conseguenza della struttura costitutiva della personalità dei nubenti che li rende incapaci di valutare criticamente il rischio di una malformazione della prole, di assumere in merito una risoluzione responsabile e di provvedere coscientemente alle cure straordinarie richieste dal bambino.

<sup>139</sup> Come rileva giustamente G. COMOTTI (*Ordinatio ad prolem*, 109), «ammesso che lo *ius coniugale* è effettivamente un diritto che non può conoscere limitazioni temporali o interruzioni, non è logicamente corretto identificare la perpetuità dello stesso con la perpetuità dell'esercizio». L'esercizio del diritto, infatti, può comportare intermissioni temporali o addirittura sospensioni anche durature per opera di cause oggettive che ne impediscono l'adempimento indipendentemente dalla volontà dei coniugi, senza che si ravvisi l'intenzione dei nubenti di escludere la perpetuità del diritto.

attinenti alla integrità fisica e alla sorte dei figli, la restrizione anche duratura dell'uso degli atti fecondi non implica automaticamente che sia stato negato il fondamentale orientamento procreativo del matrimonio, anzi, è appunto la considerazione del valore prevalente dell'interesse del nascituro che induce i coniugi a rinunciare, seppure a malincuore, a mettere al mondo una creatura destinata a soffrire<sup>140</sup>. Anche per il magistero pontificio risulta compatibile con la salvaguardia necessaria dei fini essenziali del matrimonio la limitazione ai soli periodi infecondi degli atti di intimità sessuale che sia fondata su ragioni gravi, pure se programmata per l'intero corso del matrimonio<sup>141</sup>. In tale evenienza, non si tratterebbe neppure di un abuso della sessualità, ma di un esercizio lecito, osservato in coerenza con la legge morale<sup>142</sup>.

Le conclusioni circa la validità o la nullità del consenso matrimoniale vanno quindi rimandate a un esame in concreto delle intenzioni dei singoli coniugi che non guardi isolatamente alla decisione di non volere figli, ma prenda in considerazione l'intera programmazione del costituendo nucleo familiare<sup>143</sup>. Bisogna cioè analizzare se, nonostante il fatto di escludere la prole, gli sposi nell'intraprendere la vita matrimoniale siano animati da una fondamentale disposizione di rispetto e di apertura alla generazione di nuove vite, quantunque siano indotti a non attuare il concepimento per ragioni oggettivamente gravi che superano la loro volontà<sup>144</sup>.

### 3.6 La procreazione medicalmente assistita

Lo sviluppo scientifico delle tecniche sempre più sofisticate di procreazione medicalmente assistita ha causato, come si è visto, una scomposizione degli elementi del processo di generazione della prole, prima vissuti come una concatenazione unitaria e intangibile. La disarticolazione determina in particolare una frammentazione dei ruoli genitoriali tra persone diverse: chi dona il patrimonio genetico, chi concepisce, chi conduce la gravidanza, chi accoglie il bambino dopo la nascita. Una simile "rivolu-

<sup>140</sup> Si nota qui chiaramente l'inadeguatezza della terminologia che fa riferimento alla distinzione tra *exclusio iuris* ed *exclusio exercitii iuris*. Se anche sotto il profilo logico è utile distinguere tra una esclusione in assoluto e un abuso nella pratica, risulta riduttivo usare come oggetto di riferimento lo *ius ad actus* per *se aptos ad proles generationem*. È necessario invece accogliere una considerazione più ampia del *bonum proles* che guardi in modo diretto alla disponibilità dei coniugi ad accogliere la vita e a prendersi cura del benessere dei figli. Si veda la definizione certamente più adeguata, usata dalla *Mediolanen. c.* Burke, 19 ottobre 1995, in *RR Decisiones*, (1995), 560, n. 9, citata *supra*, nella nota 107.

<sup>141</sup> *Humanae vitae*, 10. PIO XII (*Allocutio cit.*, 29 ottobre 1951.) richiama esplicitamente la distinzione tra limitazione del diritto o dell'uso dello stesso, per puntualizzare come in presenza di seri motivi i coniugi possono essere esentati dalla prestazione positiva obbligatoria (quindi dall'adempimento di un diritto pur sussistente) anche per l'intera durata del matrimonio.

<sup>142</sup> M.F. POMPEDDA, *Problematiche di diritto canonico*, 70; G. COMOTTI, *Ordinatio ad prolem*, 112-113.

<sup>143</sup> La necessità di valutare in modo più ampio i progetti matrimoniali concreti dei nubenti per verificare se, nonostante l'esclusione perpetua della prole, rispettino comunque le finalità del coniugio, viene evidenziata da H. FRANCESCHI, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza rotale recente*, 153; P. MONETA, *Il bonum proles*, 94-96.

<sup>144</sup> Come precisa GIOVANNI PAOLO II nella *Evangelium vitae* (n. 97), se i coniugi per seri motivi e nel rispetto della legge morale scelgono «di evitare temporaneamente o a tempo indeterminato una nuova nascita» devono comunque rimanere «in atteggiamento di apertura e di servizio alla vita».

zione" nelle modalità di trasmissione della vita non può non indurre un cambiamento radicale di prospettiva anche nell'ambito giuridico. Le nozioni tradizionali attinenti alle funzioni di paternità e di maternità, che in precedenza erano date per scontate in quanto apparivano come naturali e del tutto evidenti, ora hanno bisogno di essere ripensate quanto al significato e ai presupposti giuridici<sup>145</sup>.

Pure nel diritto canonico, al pari delle legislazioni civili, la dissociazione tra i momenti del processo di procreazione pone anzitutto problemi di chiarificazione a livello di impostazione generale del sistema della filiazione<sup>146</sup>. È necessario infatti dare una nuova definizione a concetti basilari quali la capacità di generare<sup>147</sup>, la qualifica di madre e di padre<sup>148</sup>, il rapporto di consanguineità a base del vincolo di parentela<sup>149</sup>, la le-

<sup>145</sup> Il problema è sottolineato soprattutto in relazione al ruolo materno da P. ZATTI, *Familia, familiae - Declinazioni di un'idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, 366-368.

<sup>146</sup> Le ripercussioni sul diritto matrimoniale canonico che possono derivare dall'uso delle tecniche di procreazione assistita sono evidenziate da P. MONETA, *Procreazione artificiale e diritto matrimoniale canonico*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 16 (1987), 1303-1314; S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche in tema di fecondazione artificiale*, ivi, 1199-1217; U. NAVARRETE, *Novae methodi technicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale*, in *Periodica de re canonica*, 77 (1988), 77-107; M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche di intervento sulla vita umana e diritto matrimoniale canonico*, in AA.VV., *Progresso biomedico e diritto matrimoniale canonico*, a cura di C. ZAGGIA, Padova, 1992, 145-182.

<sup>147</sup> Le procedure di procreazione assistita, com'è noto, non guariscono la patologia che causa un'eventuale incapacità a concepire naturalmente o un'impossibilità ad avere rapporti sessuali corretti, ma consentono di aggirare l'ostacolo e di giungere egualmente alla procreazione. Il progresso scientifico viene quindi a restringere la nozione di sterilità in campo medico-biologico, circoscrivendola ai soli casi in cui le persone non possono avere figli neppure ricorrendo ai nuovi metodi di fecondazione artificiale. La dottrina canonistica sottolinea, tuttavia, come le possibilità offerte dalla tecnica non possano essere recepite indiscriminatamente nel diritto della Chiesa, ma abbiano rilevanza giuridica solo quei *subsidia «quae sint moraliter licita, vitae non periculosa nec indolis extraordinariae»* (U. NAVARRETE, *Novae methodi*, 88-89). In questo modo si viene a divaricare il concetto di *incapacitas generandi* in senso giuridico da quello di sterilità in senso medico-biologico, come già del resto avviene per tradizione risalente in merito alla nozione di *incapacitas coeundi*. Concordano su questa distinzione M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, 163; F. SAUCHELLI, *La Rota romana e la procreazione artificiale*, in *Il diritto ecclesiastico*, 108 (1997), 578-579.

Poche sono peraltro le conseguenze pratiche dell'estensione del concetto di *sterilitas*, dato che la mera incapacità di generare non provoca l'invalidità del matrimonio. L'unica ipotesi rilevante ai fini della nullità matrimoniale, richiamata dal codice e in dottrina, è la fattispecie dell'errore doloso *ex can.* 1098. (Cfr. U. NAVARRETE, *Novae methodi*, 87). Non pare invece che l'ampliamento delle potenzialità riproduttive possa incidere sul compimento della copula coniugale e, di conseguenza, sui concetti di *incapacitas coeundi* e di *consummatio matrimonii* (U. NAVARRETE, *Novae methodi*, 83-86). Le tecniche di procreazione assistita, infatti, non sono idonee a sanare l'inattitudine a compiere la copula coniugale, che è il presupposto indispensabile per poter rimuovere l'*inhabilitas ad nupias*, mentre, d'altro canto, il fatto di essere riusciti ad avere figli senza alcun rapporto sessuale naturale non può sostituire la mancanza dell'atto di amore coniugale perfezionativo del consorzio nuziale. In senso contrario sono invece le proposte di P. MONETA (*Procreazione artificiale*, 1310-1314) che suggerisce, nei casi in cui i coniugi siano riusciti nonostante tutto ad avere figli, di ridefinire la portata dell'impedimento e delle cause che giustificano la concessione della dispensa *super rato et non consummato*.

<sup>148</sup> La dottrina canonistica è concorde nel ritenere che il rapporto di generazione, da cui discende l'attribuzione del titolo di padre o di madre, si fonda sul dato naturale oggettivo dell'origine genetica (S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche*, 1212-1215; U. NAVARRETE, *Novae methodi*, 90-93; M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, 181). Padre e madre non sono pertanto i genitori sociali, che hanno riconosciuto formalmente il bambino, o la donna che l'ha partorito, ma coloro che hanno donato i gameti dalla cui fusione è sbocciata la nuova vita.

<sup>149</sup> L'impedimento di parentela presuppone l'origine genetica comune e quindi, secondo le premesse illustrate nella nota precedente, intercorre tra il figlio e i soli genitori genetici. Con i genitori sociali non sus-

gittimità dei natali<sup>150</sup>. Le soluzioni che si prospettano in merito all'acquisizione e alla tutela degli *status* familiari possono risultare diverse da quelle vigenti nelle normative secolari, dato che il principio preminente di salvaguardia della dignità personale del figlio e dei suoi diritti fondamentali, cui si ispira l'ordine ecclesiale, conduce a riconoscere la prevalenza, anziché al criterio di certezza formale e di stabilità dei rapporti giuridici, alla verità dell'identità genetica del nato.

Una questione più specifica riguarda la possibile incidenza dell'uso delle tecniche di procreazione assistita sulla struttura sostanziale del matrimonio e sul contenuto dei diritti e obblighi che i coniugi devono reciprocamente dare e accettare.

Nell'inquadramento del tema la canonistica fa riferimento ai valori che sono stati posti in luce dal magistero al fine di guidare il giudizio morale su tali metodiche<sup>151</sup>, ma che esprimono al contempo veri principi di diritto divino naturale in merito ai rapporti tra genitori e figli nel matrimonio<sup>152</sup>. Dal complesso delle precisazioni dottrinali emerge anzitutto la consapevolezza che la vita è un dono di Dio, «da realizzarsi nel matrimonio mediante gli atti specifici ed esclusivi degli sposi, secondo le leggi inscritte nelle loro persone e nella loro unione»<sup>153</sup> e non un diritto assoluto dei coniugi, perseguibile a qualunque costo con qualsiasi mezzo. Le modalità di generazione delle nuove creature devono quindi rispettare sia la dignità delle persone coinvolte dal processo di procreazione, vale a dire sia il nascituro che i genitori, sia la natura del consorzio coniugale<sup>154</sup>. Sotto il profilo specifico della connessione con il matrimonio<sup>155</sup>, si sottoli-

siste alcun impedimento di parentela, ma si potrebbe configurare un impedimento di pubblica onestà se la coppia dei genitori è convivente e il bambino è figlio biologico di uno dei due (*can.* 1093). Con la gestante e la partoriente, invece, non si può applicare alcun impedimento di diritto positivo. Parte della dottrina auspica tuttavia un intervento del legislatore diretto a prevedere un impedimento specifico di «*cognatio naturalis*» non solo tra colei che ha condotto la gravidanza e il bambino partorito, ma anche tra coloro che, pur avendo origini genetiche diverse, hanno condiviso lo stesso utero (U. NAVARRETE, *Novae methodi*, 93).

<sup>150</sup> Il riconoscimento della qualifica di figlio legittimo avviene secondo le ordinarie presunzioni legali: sul presupposto di un matrimonio valido o putativo, madre è colei che partorisce, padre è il marito della madre (*cann.* 1137-1138). Nel caso che a seguito dell'uso delle tecniche di procreazione assistita i genitori genetici non corrispondano alla coppia che ha accolto il bambino, si ritiene che sia sempre possibile far emergere la verità dell'origine genetica e giungere a dimostrare, con prove contrarie alle presunzioni legali, che i bambini nati con fecondazione eterologa non sono figli legittimi della coppia (U. NAVARRETE, *Novae methodi*, 105-106). S. GHERRO sottolinea come non sia consentito porre limiti o preclusioni all'azione di accertamento dell'identità del donatore di gameti per rispetto del diritto naturale di ciascuna persona alla paternità reale (*Considerazioni canonistiche*, 1213-1214).

<sup>151</sup> Il documento che affronta in modo sistematico la materia è quello della CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Donum vitae, Istruzione sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 22 febbraio 1987. Nell'*Introduzione* (n. 4) il testo enuncia i due valori fondamentali connessi con le tecniche di procreazione assistita che costituiscono i punti di riferimento per il corretto inquadramento delle questioni: «la vita dell'essere umano chiamato all'esistenza e l'originalità della sua trasmissione nel matrimonio».

<sup>152</sup> La natura di regole giuridiche vere e proprie, pertinenti alla sfera intangibile della costituzione materiale della chiesa viene sottolineata da S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche*, 1200.

<sup>153</sup> *Donum vitae, Introduzione*, n. 5.

<sup>154</sup> Principio ribadito dalla *Donum vitae* anche nella parte I, n. 6.

<sup>155</sup> Per quanto concerne le valutazioni morali delle tecniche di procreazione assistita in rapporto all'esigenza di rispettare i diritti fondamentali dell'embrione alla vita, all'integrità fisica e all'identità genetica, che non sono oggetto di trattazione in questo paragrafo, si vedano le considerazioni svolte *supra*, § 2.

nea come il concepimento e la nascita del figlio non possono che attuarsi «nel matrimonio e dal matrimonio»<sup>156</sup>. Ciò implica, da un primo punto di vista, che i coniugi hanno «diritto a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro»<sup>157</sup> e il figlio «ha diritto ad essere concepito, portato in grembo, messo al mondo ed educato» dalle medesime persone che sono, inscindibilmente, i genitori genetici, gestazionali e sociali<sup>158</sup>. E comporta ancora, da un secondo punto di vista, che l'origine di un essere umano «deve essere il frutto e il termine dell'amore sponsale»<sup>159</sup>; non è riducibile quindi a un mero prodotto di tecniche manipolative esterne al corpo degli sposi, in quanto costituisce il risultato di quel tipico atto di donazione coniugale in cui sono indissociabili l'aspetto unitivo da quello procreativo, e la vita che da esso naturalmente scaturisce è un mistero prezioso che si annida e si sviluppa, fin dai primi istanti, nel grembo della madre.

Applicando i principi esposti dal magistero, parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che le possibilità offerte dal progresso scientifico richiedano di integrare la definizione dell'*ordinatio ad prolem* del matrimonio e di estendere il contenuto dei diritti e doveri essenziali dei coniugi, in modo da ricomprendere modalità di trasmissione della vita che siano conformi alla dignità umana e alla rettitudine morale. Secondo questo orientamento, pertanto, lo scambio tra gli sposi dello *ius ad actos per se aptos ad proles generationem* sottintende anche la reciproca donazione dello «*ius et obligatio non procreandi filios nisi ex semine proprii coniugis necnon ius obligatio filios non procreandi nisi mediante copula coniugali, coadiuvata, si opus fuerit, mediis moraliter licitis, vitae non periculosis nec extraordinariis*»<sup>160</sup>. La volontà di ricorrere a metodi moralmente illeciti di procreazione, quindi, secondo l'opinione in esame, produce un consenso matrimoniale invalido per un duplice ordine di motivazioni: da un lato, il nubente si riserva un diritto contrario alla sostanza indisponibile del rapporto coniugale; dall'altro, il proposito di usare mezzi moralmente illeciti non può costituire oggetto di una valida pattuizione<sup>161</sup>.

<sup>156</sup> *Donum vitae*, I, n. 6.

<sup>157</sup> *Donum vitae*, II, A, n. 1. La fecondazione eterologa costituisce pertanto una violazione della proprietà essenziale del matrimonio che richiede l'impegno dell'unità e della fedeltà (*ivi*, II, n. 2).

<sup>158</sup> *Donum vitae*, II, A, n. 1. La fecondazione eterologa lede quindi «i diritti del figlio, lo priva della relazione filiale con le sue origini parentali e può ostacolare la maturazione della sua identità personale» (*ivi*, II, A, n. 2).

<sup>159</sup> *Donum vitae*, II, B, n. 4. Ne consegue l'illiceità morale delle tecniche che prescindono o si sostituiscono all'atto coniugale e, a maggior ragione, di quelle che prevedono anche i primi momenti di sviluppo dell'embrione al di fuori del corpo della madre. Sul tema si vedano: E. SGRECCIA - M.L. DI PIETRO, *Procreazione artificiale*, in *Nuovo dizionario di teologia morale*, 999-1005; E. SGRECCIA, *La fecondazione artificiale di fronte all'etica: la prospettiva personalista*, in AA.VV., *Progresso biomedico e diritto matrimoniale canonico*, 39-65.

<sup>160</sup> U. NAVARRETE, *Novae methodi*, 96. La tesi è ripresa in dottrina da M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, 155-157; J.J. GARCÍA FÁILDE, *Incidencia de las técnicas de reproducción artificial asistida en la exclusión de la prole y de la fidelidad*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 12 (1997), 274. In giurisprudenza questo orientamento viene seguito dalle poche sentenze che hanno affrontato la questione: *Caracen. coram* Stankiewicz, 24 marzo 1988, in *RR Decisiones*, (1988), 185, n. 2; *Reg. Latii seu Romana. coram* Stankiewicz, 22 febbraio 1996, in *RR Decisiones*, (1996), 123, n. 13; *Passavien. coram* De Lanversin, 15 giugno 1994, in *RR Decisiones*, (1994), 316-318, nn. 11-15.

<sup>161</sup> U. NAVARRETE, *Novae methodi*, 98-99.

Conclusioni analoghe, dirette a rilevare la nullità del patto nuziale, sono sostenute anche da altri autori, i quali, pur non seguendo le argomentazioni della posizione precedente, ritengono nondimeno che nella struttura naturale del matrimonio la procreazione non possa essere separata dall'atto di intimità coniugale<sup>162</sup>. La previsione di attuare strumenti che distacchino i due aspetti inscindibili della donazione sponsale, pertanto, impedisce per ciò stesso il sorgere di un autentico consorzio.

Le tesi sopraesposte hanno in comune il dato di includere nell'essenza dell'orientamento procreativo l'impegno, di origine morale, di far uso solo di metodi che presuppongano e rispettino l'integrità dell'atto di amore coniugale, cosicché eventuali propositi contrari, formulati dai nubenti prima o in concomitanza delle nozze, determinano necessariamente e indistintamente la nullità del consenso matrimoniale. In realtà la tematica della procreazione medicalmente assistita presenta aspetti diversificati e complessi che richiedono un'analisi più dettagliata<sup>163</sup>.

Diverse sono anzitutto le procedure tecniche, che intervengono in momenti e con effetti differenti sul processo di fecondazione, e diverse sono pure le motivazioni e le attese dei coniugi che inducono a servirsi di questi strumenti per realizzare il desiderio di avere un figlio<sup>164</sup>. Non basta quindi considerare isolatamente la decisione di ricorrere o non ricorrere all'ausilio medico-scientifico per procreare, ma è necessario valutare nell'interesse la programmazione fatta dai nubenti, con riguardo sia alle modalità oggettive che si vogliono in concreto applicare, sia ai propositi soggettivi che sono sottesi alla ricerca della generazione<sup>165</sup>.

Diverse sono per l'appunto le fattispecie giuridiche che si possono teorizzare ipoteticamente in ordine alla volontà dei nubenti di usare le tecniche di procreazione medical-

<sup>162</sup> P. MONETA, *Procreazione artificiale*, 1309; R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, Madrid, 1995, 127; H. FRANCESCHI, *Il contenuto del bonum prolis e del bonum fidei alla luce del fenomeno della procreazione artificiale*, in *Ius Ecclesiae*, 10 (1998), 249; G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole e la fecondazione assistita*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, 176.

<sup>163</sup> In questa sede si esamina solo il profilo del *bonum prolis* e non i possibili contrasti con altri elementi o proprietà essenziali del matrimonio, quali il *bonum fidei* o il *bonum coniugum*.

<sup>164</sup> L'ambivalenza del desiderio di maternità viene illustrata da G.F. ZUANAZZI, *Relazioni personali e procreazione artificiale*, in *Anthropotes*, 14 (1998), 83: «Avere un figlio significa per la donna coronare la propria femminilità e insieme, talvolta, soddisfare ambizioni egocentriche o colmare un vuoto. Vale a dire che un figlio può essere voluto per se stesso ma anche o nel medesimo tempo quale "oggetto": oggetto riparatore di un lutto, di una difficoltà coniugale, di un'ambizione frustrata; oggetto narcisistico di gratificazione personale o di rassicurazione della funzionalità del corpo; oggetto infine espiatorio di una colpa presunta».

<sup>165</sup> Le conclusioni possono essere diverse per il combinato disporsi e interagire dei due fattori, quello oggettivo e quello soggettivo. Nelle relazioni umane, infatti, non si può prescindere, per valutare un determinato comportamento o progetto, dal considerare anche i vissuti emozionali in cui sorgono e su cui poi vanno ad incidere. Basti ricordare come l'uso dei differenti metodi di procreazione assistita possa influenzare diversamente l'armonia della coppia e l'identità psico-sessuale dei coniugi, a seconda che siano poco invasivi della loro intimità, oppure, al contrario, giungano a sostituire al marito un donatore esterno e all'atto coniugale l'intervento del medico (cfr. G.F. ZUANAZZI, *Relazioni personali*, 84-91). E ancora, si può dire che sono qualitativamente diverse le aspettative e la cura nei riguardi dei figli a seconda del destino che non si esita a riservare al frutto della generazione: dall'alterazione della discendenza familiare, alla gravanza in un utero surrogato, alla selezione eugenetica per avere un prodotto perfetto si nota che: «quanto più è insistente la ricerca e audaci e insolite sono le proposte di soluzione, tanto più è difficile dire se al fon-



mente assistita<sup>166</sup>. Nonostante il dato in comune di vedere in questi strumenti il modo per risolvere il problema di avere figli, il proposito dei coniugi può incidere in grado più o meno esteso sul contenuto essenziale dell'orientamento procreativo e quindi produrre conseguenze giuridiche differenti sul consenso matrimoniale. Risulta quindi necessario discernere, di là dal contenuto oggettivo della decisione, la reale intenzione dei singoli sposi.

Se uno o entrambi i coniugi, come prima ipotesi, rifiutano di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita, persino a quelle lecite, nonostante siano l'unico modo possibile per generare figli, la decisione potrebbe apparire *prima facie* contraria all'orientamento procreativo del matrimonio. Per converso, come sottolinea la dottrina<sup>167</sup>, la nascita del figlio non costituisce un diritto-dovere reciproco degli sposi, perché la vita è sempre un dono di Dio che scaturisce naturalmente dagli atti d'amore coniugale e talvolta, per circostanze diverse che possono non dipendere dalla sterilità di uno dei coniugi, può anche non sbocciare. Ai coniugi non spetta quindi uno *ius ad prolem*, bensì uno *ius ad procreationem*, vale a dire il diritto di unire le proprie capacità procreative attraverso il compimento degli atti che sono naturalmente idonei al concepimento di una nuova creatura<sup>168</sup>. Un rigetto dei metodi artificiali di generazione sarebbe pertanto pienamente rispettoso della struttura naturale del matrimonio<sup>169</sup>.

Più articolata risulta l'analisi della eventuale decisione dei nubenti di escludere la procreazione per via naturale e di generare figli solo attraverso le tecniche artificiali. Un simile proposito appare solo formalmente favorevole alla prole, perché in realtà è contrario al modo veramente umano di trasmettere la vita all'interno degli atti di amore coniugale<sup>170</sup>. Purtuttavia, nell'ambito di questa ipotesi, si deve distinguere ulteriormente se uno o entrambi gli sposi abbiano inteso astenersi del tutto dall'avere tra

do di una richiesta di aiuto viva un genuino desiderio di far nascere un figlio o semplicemente il bisogno di medicare una ferita narcisistica» (G.F. ZUANAZZI, *Relazioni personali*, 83).

<sup>166</sup> Si tratta per lo più di elucubrazioni dottrinali, dato che tra le sentenze rotali sinora pubblicate si registra un solo caso in cui sono coinvolte le tecniche di procreazione medicalmente assistita.

<sup>167</sup> M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, 147; G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole*, 172.

<sup>168</sup> Più in generale, al di là del caso specifico, si rileva la necessità di evitare l'espressione ambigua di *ius ad prolem*. In dottrina, oltre agli autori già citati, si vedano: A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione*, 160-161; ID., *De iurisprudencia rotali recentiore*, 499-500; C. BURKE, *L'oggetto del consenso matrimoniale*, 103; R.M. SABLE, *Tradere et accipere*, 764. In giurisprudenza: *Caracen. c. Stankiewicz*, 24 marzo 1988, in *RR Decisiones*, (1988), 186, n. 5; *Monasterien. c. Pompedda*, 19 ottobre 1992, *ivi*, (1992), 494, n. 4; *Mantuana c. De Lanversin*, 26 gennaio 1994, *ivi*, (1994), 51, n. 12; *Taurinen. c. Burke*, 15 dicembre 1994, *ivi*, (1994), 719, n. 4; *Romana c. Stankiewicz*, 22 febbraio 1996, *ivi*, (1996), 124-125, n. 15; *Cosentina-Bisintianen. c. Funghini*, 26 ottobre 1998, *ivi*, (1998), 646, n. 6. Si veda per una sintesi della giurisprudenza P. BIANCHI, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza*, 112.

<sup>169</sup> P. MONETA, *Procreazione artificiale*, 1309-1310; G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole*, 172. Aderiscono a questa conclusione anche P. MALCANGI, *Tecniche di fecondazione artificiale e diritto matrimoniale canonico*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 11 (1998), 418-419; M. GUIDA, *Riflessi giuridici della fecondazione artificiale nel diritto matrimoniale canonico*, in *Apollinaris*, 76 (2003), 192.

<sup>170</sup> In questa fattispecie, come sottolinea G. DALLA TORRE (*L'esclusione della prole*, 173), la volontà non esclude la procreazione in sé, ma è diretta a condizionarne le modalità. L'orientamento prevalente in dottrina sostiene l'invalidità del consenso che preveda un simile proposito: P. MONETA, *Procreazione artificiale*, 1309; S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche*, 1211; R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, 127; J.J. GARCÍA FAÍLDE, *Incidencia de las técnicas*, 274-275; H. FRANCESCHI, *Il contenuto del «bonum proles»*, 248-249; G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole*, 173-174; P. MALCANGI, *Tecniche di fecondazione artificiale*, 415; M. GUIDA, *Riflessi giuridici*, 190.

loro i normali gesti di intimità sessuale, oppure se abbiano voluto solo privare la coppia della naturale fecondità. Nel primo caso, l'esclusione degli atti propriamente coniugali si pone in contraddizione non solo con il diritto degli sposi a procreare attraverso l'incontro personale dei corpi<sup>171</sup>, ma persino con la struttura sostanziale del matrimonio che presuppone la donazione totale dei coniugi, anche sotto il profilo della comunione nella sfera sessuale. Data la gravità dell'incidenza di una simile decisione sulla natura stessa del matrimonio, non pare che possa avere valore scriminante la possibile varietà di motivazioni che ne stanno a base, in quanto pure quelle che non hanno origine in patologie fobiche degli sposi ma guardano alla salute dell'altro coniuge o della prole<sup>172</sup>, non valgono a compensare il fatto che la volontà dei coniugi non è diretta a costituire un autentico matrimonio<sup>173</sup>. Il consenso è da considerare quindi radicalmente nullo.

Nel secondo caso, invece, la decisione di restringere l'apertura procreativa dell'incontro coniugale, che non si estenda anche all'esclusione totale del rapporto sessuale, può essere valutata diversamente a seconda delle ragioni che la sorreggono.

<sup>171</sup> Il contrasto viene configurato in dottrina sia nei riguardi del *bonum proles*, in quanto la filiazione deve essere frutto degli atti naturali di amore coniugale, sia nei confronti del *bonum coniugum*, in quanto una simile riserva priva gli sposi del diritto alla paternità o alla maternità naturali (P. MONETA, 1309). La negazione del duplice elemento essenziale del matrimonio è prospettata anche da S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche*, 1211.

<sup>172</sup> Gli esempi proposti in dottrina in merito alle possibili motivazioni che possono determinare gli sposi a rifiutare la generazione per via naturale concernono una «qualche forma di fobia o di particolare fissazione» (P. MONETA, *Procreazione artificiale*, 1309), oppure «la ragione sanitaria di evitare il contagio al coniuge e la trasmissione alla prole di infezione trasmissibile attraverso il rapporto sessuale» (G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole*, 173). La rilevanza di simili patologie infettive sul matrimonio è stata esaminata in dottrina particolarmente in rapporto all'AIDS o virus da HIV. Sul tema si vedano: AA.Vv., *Matrimonio canonico e AIDS*, a cura di S. GHERRO e G. ZUANAZZI, Torino, 1995; G. BONI, *L'esclusione della prole e l'AIDS*, in AA.Vv., *Prole e matrimonio canonico*, 179-259.

<sup>173</sup> Per giustificare la totale esclusione dei rapporti coniugali e considerarla compatibile con un valido matrimonio non varrebbe, in questa fattispecie, neppure l'analogia con le nozze celebrate con voto di castità, pur ammesse dalla plurisecolare tradizione canonica (sul tema si veda, da ultimo, P. MONETA, *Il bonum proles*, 95). Diverse sono infatti le ragioni e le modalità di attuazione. Nel matrimonio con voto di castità le motivazioni che inducono i coniugi ad astenersi dagli atti sessuali sono inerenti ad un obiettivo di elevazione spirituale che può essere attuato proprio attraverso il rispetto della continenza. Al contrario, chi teme di trasmettere al coniuge o ai figli una malattia, è spinto da una ragione che non è intrinseca alla continenza stessa, ma proviene esternamente dal pericolo di arrecare un pregiudizio alla loro salute attraverso le pratiche sessuali. Inoltre, il voto di castità, per essere compatibile con il matrimonio, non deve comprendere l'esclusione del diritto agli atti di intimità tra coniugi, ma solo la sospensione del loro esercizio; pur per tutta la durata del consorzio, tanto è vero che deve sempre sussistere la concorde volontà di entrambi di rispettarlo, cosicché, se una delle parti in seguito cambia idea, l'altra non può negare il suo diritto a instaurare una comunione piena anche dei corpi. Qualora invece la riserva sia fondata su ragioni oggettive di integrità fisica, è più difficile che entrambe le parti riconoscano all'altra il diritto a esigere ugualmente la prestazione sessuale. In particolari circostanze, anzi, si potrebbe quasi configurare una sorta di bilateralità imperfetta, in quanto, mentre il coniuge sano può essere legittimato ad astenersi dal rendere il debito coniugale per evitare un grave pregiudizio alla salute, potrebbe anche però, per ragioni adeguatamente gravi che riguardano il bene dell'altra parte o l'armonia della coppia, concedere eroicamente, nonostante il pericolo per la sua vita, di consumare i gesti di amore coniugale; invece, d'altro canto, il coniuge malato non può pretendere nulla. Si vedano in questo senso le considerazioni, dal punto di vista morale, di L. CICCONE, *Malati di AIDS o sieropositivi: problemi etici in ambito coniugale*, in AA.Vv., *Matrimonio canonico e AIDS*, 40-42.



Qualora sussistano cause gravi di procreazione responsabile, la preclusione dell'esercizio di atti fecondi, anche per l'intera durata del matrimonio, può essere compatibile con una intenzione nuziale che faccia egualmente salva l'essenziale *ordinatio ad prolem* del connubio<sup>174</sup>.

L'ultima fattispecie riguarda infine il caso dei coniugi che prevedano di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita solo se risultino necessarie per raggiungere l'obiettivo del concepimento, vale a dire in funzione sussidiaria al normale svolgimento delle pratiche naturali. Generalmente si distingue a seconda che gli sposi abbiano programmato di far uso di metodi che siano leciti sotto il profilo morale o, al contrario, illeciti. Mentre la decisione di impiegare tecniche che rispettino la derivazione della generazione dall'atto coniugale e non separino l'aspetto unitivo da quello procreativo viene ritenuta da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza conforme al *bonum prolis*, invece il progetto diretto ad applicare modalità illecite è considerato contrario alla struttura essenziale del matrimonio, in quanto nell'oggetto indisponibile del consenso sono da comprendere pure i diritti-doveri inerenti ai presupposti di trasmissione della vita nel contesto del rapporto interpersonale tra coniugi<sup>175</sup>.

Senza negare il nesso inscindibile tra morale e diritto canonico, in quanto affondano le radici negli stessi principi relativi al piano della creazione divina dell'uomo, occorre ricordare che norma etica e regola giuridica operano secondo criteri e metodi distinti. I comportamenti moralmente illeciti possono non produrre conseguenze sanzionatorie nell'ambito giuridico<sup>176</sup>. Il fatto di progettare di avvalersi di mezzi di procreazione assistita contrari alla morale, quindi, pur repressibile sotto il profilo etico, non implica automaticamente la nullità giuridica del consenso matrimoniale<sup>177</sup>. È necessario inoltre verificare se gli sposi, nonostante l'atteggiamento riprovevole, abbiano comunque accolto nella sostanza il principio di apertura e di rispetto della vita, oppure se, al contrario, si riservano diritti ad esso contrari.

<sup>174</sup> Si vedano le considerazioni svolte nel paragrafo precedente (§ 3. 5) in merito alla procreazione responsabile. Sulla rilevanza del fatto che i coniugi prevedano di ricorrere pure ad atti moralmente illeciti si vedano le osservazioni fatte subito appresso.

<sup>175</sup> U. NAVARRETE, *Novae methodi*, 98-99; M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, 156-157. Aderiscono a questa posizione F. SAUCHELLI, *La Rota Romana e la procreazione artificiale*, 577-578; P. MALCANGI, *Tecniche di fecondazione*, 41-42; M. GUIDA, *Riflessi giuridici*, 193. Per la giurisprudenza si vedano le sentenze citate *supra* nella nota 160.

<sup>176</sup> Vale in proposito l'analogia con l'uso della contraccezione. Il proposito di ricorrere a metodi diversi da quelli naturali, i soli moralmente leciti, per procrastinare nel tempo la nascita dei figli, non si pone in contrasto irriducibile con l'apertura alla procreazione. A maggior ragione il disordine oggettivo di determinate tecniche non comporta necessariamente la nullità del consenso, se si considera che in certi casi la prevalenza di principi superiori può anche rendere incolpevole dal punto di vista etico la messa in pratica di tali mezzi (cfr. G. MURARO, *Procreazione responsabile*, 1020-1022).

<sup>177</sup> Evidenziano la necessità di distinguere tra responsabilità nella sfera morale e conseguenze sul piano giuridico S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche*, 1212; P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, 369-370. Riconoscono la validità del consenso matrimoniale di chi non escluda la procreazione naturale ma si riservi comunque il diritto, *si casus ferat*, di ricorrere a tecniche di fecondazione omologa, pure R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, 127; J.J. GARCÍA FÁLDE, *Incidencia de las técnicas*, 275. Quest'ultimo autore prospetta il caso teorico della coppia, non sterile, che progetta di avere un figlio con la procreazione artificiale e un altro con le tecniche medicalmente assistite.

Il problema non può quindi ridursi a esaminare esclusivamente quali modalità oggettive i coniugi si siano proposti di adottare, ma deve estendersi a valutare con quale spirito e con quali finalità si siano decisi ad attuare tali tecniche<sup>178</sup>. Se siano cioè risolti a salvaguardare comunque i principi fondamentali del matrimonio connessi alla natura del rapporto coniugale e alla dignità del nascituro, o se, all'opposto, siano disposti a calpestarli pur di raggiungere i propri obiettivi egoistici. In questa prospettiva, può risultare invalido persino il consenso matrimoniale di chi voglia ricorrere a pratiche moralmente lecite, nella misura in cui si possa intravedere al fondo di questa decisione l'intenzione di strumentalizzare le capacità generative dell'altra parte<sup>179</sup> o di perseguire la nascita del figlio non come un bene in sé, ma in funzione della propria gratificazione personale.

Per valutare il corretto orientamento procreativo, in conclusione, non è sufficiente un esame isolato di singoli propositi, ma è necessario analizzare in concreto e interamente la programmazione fatta dai nubenti in merito alla costituzione della famiglia futura. Le varie decisioni (di avere una prole numerosa o un solo figlio, di esercitare fruttuosamente i rapporti coniugali fin dall'inizio della convivenza nuziale o a partire da un certo tempo o mai, di concepire esclusivamente attraverso le vie naturali o con l'aiuto di tecniche mediche) sono tutti progetti che rispondono al significato autentico del matrimonio solo se alla base si ritrova la volontà dei coniugi di donarsi reciprocamente nelle rispettive dimensioni di paternità e di maternità potenziali e di gestire responsabilmente le capacità generative in modo da prendersi cura del valore prezioso della vita di un nuovo essere umano.

<sup>178</sup> La necessità di investigare le reali intenzioni dei soggetti e non solo il mero dato oggettivo della natura dei mezzi utilizzati, viene avvertita anche da altri autori che muovono alcuni rilievi critici al metodo argomentativo della sentenza *Passavien*. c. De Lanversin, 15 giugno 1994 (J. WERCKMEISTER, *Le nouvelles formes de fécondation artificielle dans une sentence récente de la Rote*, in *Revue de droit canonique*, 45 (1995), 329-330; H. FRANCESCHI, *Il contenuto del «bonum prolis»*, 248). Secondo questo punto di vista, le conclusioni nel caso di specie avrebbero potuto essere diverse se il convenuto, nonostante avesse fatto ricorso a interventi artificiali sul sistema riproduttivo, si fosse successivamente pentito della procurata sterilità e al momento del matrimonio avesse avuto il desiderio sincero di far nascere comunque un figlio attraverso l'inseminazione artificiale della moglie con il proprio seme crioconservato.

<sup>179</sup> Evidenzia questa possibilità S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche*, 1211.